3 1761 06767252 7

HANDBOUND
AT THE
UNIVERSITY OF
TORONTO PRESS

7839
A

ÉTUDES

DE

DROIT MUSULMAN

ALGÉRIEN

PAR

MARCEL MORAND

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT D'ALGER

MEMBRE ASSOCIÉ DE L'INSTITUT COLONIAL INTERNATIONAL

ALGER

TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN

IMPRIMEUR-LIBRAIRE DE L'UNIVERSITÉ

2, PLACE DE LA RÉGENCE, 2

1910

ÉTUDES

DE

DROIT MUSULMAN

ALGÉRIEN

ÉTUDES

DE

DROIT MUSULMAN

ALGÉRIEN

PAR

MARCEL MORAND

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT D'ALGER

MEMBRE ASSOCIÉ DE L'INSTITUT COLONIAL INTERNATIONAL

ALGER

TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN

IMPRIMEUR-LIBRAIRE DE L'UNIVERSITÉ

2, PLACE DE LA RÉGENCE, 2

1910

K

M8293E8

796184

AVERTISSEMENT

En groupant en un volume une série de monographies qui, pour la plupart, ont été publiées, déjà, dans la « Revue algérienne et tunisienne de Législation et de Jurisprudence », *je n'ai eu d'autre but que de mettre à la disposition des étudiants un recueil où ils trouveront, mis en lumière, les traits caractéristiques d'un certain nombre d'institutions musulmanes étudiées à mon cours, où ils s'instruiront des principes fondamentaux régissant ces institutions, et où ils découvriront la solution de la plupart des difficultés en présence desquelles ils seront placés, lorsqu'au cours de leur carrière judiciaire ou administrative, il leur faudra interpréter et appliquer la loi musulmane.*

De ces monographies, aucune n'est consacrée à la matière des successions ab intestat. *La raison de cette omission n'est pas dans la difficulté de la matière. Si je me suis abstenu, c'est qu'après les remarquables travaux de MM.* Luciani (1) *et* Marçais (2), *je n'aurais rien pu dire qui n'eût été dit déjà, et mieux dit que je n'aurais pu le faire, par ces deux savants auteurs.*

Je n'ai, d'ailleurs, nullement cherché à faire œuvre d'éru-

(1) Luciani, *Traité des successions musulmanes.*

(2) Marçais, *Des parents successibles en droit musulman.*

dition. Je n'ai pas davantage la prétention d'avoir restitué, avec leur véritable physionomie, les institutions étudiées par moi. J'ai dit les choses comme je les voyais, comme je les comprenais. Et j'accueillerai avec reconnaissance les critiques qui pourront m'être adressées et qui m'aideront à rectifier les erreurs que j'ai pu commettre, ou à corriger l'arbitraire ou l'illogisme de certaines de mes interprétations, appréciations ou conclusions.

J'adresse à M. Luciani, *Conseiller de gouvernement, Directeur des affaires indigènes au Gouvernement général de l'Algérie, l'hommage de ma profonde reconnaissance pour son aimable empressement à me permettre, toutes les fois que je l'en ai sollicité, de mettre à contribution sa science d'arabisant et sa parfaite connaissance des choses de l'Islam et des mœurs des musulmans d'Algérie.*

Je prie également M. Fagnan, *Professeur à la Faculté des Lettres, à l'érudition et à l'obligeance de qui je n'ai jamais fait vainement appel, lorsqu'arrêté par les difficultés d'un texte, je lui ai demandé de me fixer sur son interprétation, d'agréer mes bien sincères et affectueux remerciements.*

I

LA FAMILLE

I

LA FAMILLE

1. — « Scientifiquement interrogées, dit Létourneau, l'ethnographie et l'histoire répondent qu'à condition de durer suffisamment, les sociétés humaines évoluent régulièrement, par étapes successives, qui sont : l'anarchie, le clan communautaire, la tribu républicaine d'abord, aristocratique ensuite, puis la monarchie, qui commence par être élective pour devenir héréditaire. Enfin, certaines nations d'élite répudient de bonne heure la forme monarchique pour faire retour à un régime républicain, fort différent d'ailleurs de celui des tribus primitives, et préludent ainsi à des formes sociales nouvelles, encore cachées dans l'avenir » (1). Toujours est-il que « le clan familial se rencontre à l'origine de toutes les sociétés humaines et semble bien être un stade nécessaire » (2), et qu'à un moment donné de leur existence, ces sociétés se présentent sous l'aspect, non pas de groupements d'individus, mais d'*agrégation de familles* (3) ayant ou croyant avoir une origine commune.

Or, dans un tel milieu social, la famille est tout. En dehors de la famille à laquelle il appartient, l'individu n'est rien ; il n'est membre du groupe social qu'à la condition de se rattacher à une famille de ce groupe, et une famille n'appartient à ce

(1) Létourneau, *L'évolution politique dans les diverses races humaines*, Préface, VII.

(2) *Eod. loc.*, p. 527 ; — Kovalewsky, *Le clan chez les tribus indigènes de la Russie;* Rev. de sociologie, février 1905, p. 82.

(3) Sumner Maine, *L'ancien droit*, trad. Courcelle-Seneuil, p. 119.

dernier qu'à la condition d'être, avec les autres familles qui en font partie, en communauté d'origine. L'individu n'existe que dans sa famille et par sa famille. A la tête, en effet, de chacune de ces agrégations de familles, se trouve placé un chef ; celui-ci, toutefois, ne gouverne qu'avec l'assistance des chefs de famille du groupe ; il ne peut prendre, sans leur consentement, aucune décision importante (1) ; mais il n'a de rapports qu'avec les familles représentées par leurs chefs ; il n'a point à compter avec les individus, de même que, sur eux, il n'a pas d'action ; il ne peut rien, ni pour eux, ni contre eux. — Dans une telle société, la famille constitue bien la véritable unité politique.

D'autre part, à cette époque de l'histoire des sociétés humaines, les relations entre individus d'un même groupe, mais appartenant à des familles différentes, n'ont pas le caractère de relations individuelles. Celui qui contracte ou subit une offense ne peut compter, pour poursuivre l'exécution de la promesse qui lui est faite ou obtenir la réparation qui lui est due, que sur l'assistance de ses proches ; aussi ne manque-t-il pas de s'assurer la participation de ces derniers au marché qu'il conclut, ou de réclamer leur aide dans la lutte qu'il va entreprendre pour venger l'offense reçue par lui. Si bien que les relations ébauchées entre individus mettent toujours deux familles en présence, de même que toute offense déchaîne la guerre entre la famille de l'offenseur et celle de l'offensé. Aussi les affaires, entre individus de familles différentes, ressemblent-elles « beaucoup plus à des affaires internationales qu'à un commerce rapide entre individus » (2). En fait de rapports individuels, à cette époque, on n'en conçoit pas d'autres que ceux qui résultent de la constitution de la famille (3). — En sorte que, si la famille se trouve être, dans une telle société, la véritable unité politique, elle y est également la véritable unité sociale.

---

(1) Létourneau, *op. cit.*, p. 229 et 529.

(2) Sumner Maine, *op., cit.*, p. 119. — Cf. Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, p. 47 et suiv. ; — Louis-Germain Lévy, *La famille dans l'antiquité israélite*, p. 99 et suiv.

(3) Sumner Maine, *op. cit.*, p. 156.

2. — Puis, tandis que la société se développe et progresse, le rôle politique de la famille tend à se restreindre, en même temps que son importance sociale tend à décroître. « A mesure que l'État acquiert une organisation puissante, qui absorbe les communautés particulières, l'importance de la famille comme association politique s'efface, et le pouvoir du chef s'amoindrit » (1). L'État ignore de plus en plus la famille, pour ne plus connaître « que les individus, traitant directement avec eux » (2).

En outre, à ces relations entre individus de familles différentes, qui ne se nouent jamais sans la participation de ces familles ni ne se règlent sans leur intervention, qui ne sont jamais que des relations *interfamiliales*, se substituent peu à peu des relations individuelles. « Le mouvement des sociétés progressives a été uniforme sous ce rapport... Il a été remarquable par la dissolution graduelle de la dépendance de famille, qui a été remplacée peu à peu par des obligations individuelles » (3). — En somme, alors que « l'unité de l'ancienne société était la famille, celle de la société moderne est l'individu » (4). Si bien qu'il arrive un moment où la famille, au point de vue social comme au point de vue politique, n'existe, pour ainsi dire, plus.

3. — Ainsi l'existence de la famille cesse, en quelque sorte, de se manifester au dehors ; la famille semble se concentrer peu à peu, se replier sur elle-même et n'être bientôt plus animée que d'une vie purement interne. Mais, à cela ne se réduit pas l'évolution de la famille ; car ce n'est pas seulement la vie extérieure de la famille qui se transforme, c'est également sa vie intérieure qui, avec le temps, se modifie. Tandis qu'à l'origine, les divers membres de la famille, c'est-à-dire tous ceux qu'unit le lien de la parenté, restent groupés sous l'autorité d'un chef, occupant un quartier déterminé de la cité ou vivant

(1) Kœnigswarter, *Histoire de la constitution de la famille en France*, p. 327.
(2) Gr Encyclopédie, v° *Famille*, p. 1180, col. 1.
(3) Sumner Maine, *op. cit.*, p. 160.
(4) *Eod. loc.*, p. 119.

sur le même domaine, — sous l'influence du progrès économique principalement, ce groupe compact se désagrège et ses membres se dispersent, et le mot famille qui, primitivement, n'a qu'un sens, arrive à avoir une double signification et à être employé pour désigner, tantôt l'ensemble des individus issus d'une même personne et vivant sous le même toit, tantôt des groupes de personnes vivant séparés et souvent loin les uns des autres, mais unis entre eux par le lien d'une commune origine (1). — D'autre part, alors qu'à certaines époques, il n'est de parenté que par les femmes, qu'à certaines autres, il n'est de parenté que par les mâles, les peuples modernes attribuent, généralement, à la parenté masculine et à la parenté féminine, une importance égale. Et, tout naturellement, à chaque conception nouvelle de la parenté, correspondent des modifications dans la composition, dans la constitution de la famille.

4. — Or, lorsqu'on étudie l'histoire des communautés musulmanes, on remarque que, dans la plupart d'entre elles, la famille a conservé presque intégralement son rôle politique et son importance sociale ; — l'on constate, en outre, que, chez toutes, la constitution de la famille n'a subi, pour ainsi dire, ni modifications, ni transformations.

Aussi, une étude de la famille musulmane nous paraît-elle être le préliminaire indispensable de celle que nous proposons de consacrer au droit musulman des personnes.

Nous rechercherons, tout d'abord, ce qu'était la famille chez les Arabes de l'époque préislamique, — ce qu'elle est devenue sous l'influence des réformes réalisées par le Prophète, — ce qu'est la famille musulmane chez les peuples musulmans de l'époque actuelle. — Et après avoir constaté que la famille musulmane n'a, en quelque sorte, point évolué, — nous nous efforcerons de mettre en relief les raisons pour lesquelles il en est ainsi, alors qu'il semble que, partout ailleurs, il en fut autrement.

---

(1) Gr. Encyclopédie, v° *Famille*, p. 1183, col. 2.

I

5. — « Une infinité de tribus, les unes sédentaires, le plus grand nombre constamment nomades, sans communauté d'intérêts, sans centre commun, ordinairement en guerre les unes avec les autres, voilà l'Arabie au temps de Mahomet » (1). — Parmi ces tribus, les unes, prétendant descendre de Kahtan, se tenaient pour nobles et se croyaient en droit de mépriser les autres, lesquelles se rattachaient à Adnan (2). — D'autre part, chacune d'elles était constituée par la réunion d'un certain nombre de familles, et se donnait pour chef celui qui, parmi les chefs de ces différentes familles, paraissait être le plus méritant. Or, fatalement, dans les groupements de cette nature, la famille la plus nombreuse, la plus riche, par là même la plus puissante, réussissait aisément à dominer les autres, à faire prévaloir son influence, à imposer et à maintenir son chef comme chef de la tribu. Et comme le commandement était censé donné au plus digne, on en était arrivé, pour expliquer que certaines familles pussent ainsi accaparer la direction permanente de la tribu, à penser que les « vertus bédouines étaient héréditaires » (3) dans ces familles, à admettre l'existence de familles nobles. — D'ailleurs, les pouvoirs du chef de tribu étaient peu considérables, et son autorité très restreinte ; il ne pouvait rien qu'avec le concours des autres chefs de famille, et son rôle se bornait à veiller aux intérêts généraux de la tribu (4).

*
* *

6. — Quant à l'individu, il vit « sans autre autorité et sans autre garantie que celle de la famille » (5). De là, entre les

(1) Dozy, *Histoire des musulmans d'Espagne*, t. I, p. 16.
(2) Ibn Khaldoun, *Histoire des Berbères*, trad. de Slane, t. I, p. 1, note 2.
(3) Dozy, *op. cit.*, t. I, p. 9.
(4) *Eod. loc.*, p. 4 et suiv.
(5) Renan, *Histoire des langues sémitiques*, p. 14.

membres d'une même famille, une solidarité des plus étroites. De là, l'intervention ou l'assistance des proches, dans les relations pacifiques comme dans les conflits entre individus de familles différentes (1). L'injure faite à un prétendant éconduit suffit à mettre aux prises deux familles jusqu'alors amies (2). De même, la composition, due à l'occasion d'un meurtre, est dette de la tribu du meurtrier, et c'est aux *aceb* de la victime qu'elle doit être payée (3). — De même, aussi, la convention de mariage paraît être un arrangement entre familles, bien plutôt qu'un accord entre les conjoints, la dot étant promise et devant être payée, non à la femme, mais à ses proches (4).

Et ce n'est pas seulement dans les tribus nomades ou plus ou moins sédentaires de l'Arabie qu'il en est ainsi. L'importance de la famille n'est pas moindre chez les citadins, chez ceux qui, s'adonnant à l'agriculture ou au commerce, vivant d'une vie parfaitement sédentaire, plus paisible et plus sûre, se trouvent soumis à des influences qui, d'ordinaire, déterminent la désagrégation de la famille. C'est ainsi qu'à la Mecque, chaque famille occupait un quartier déterminé de la ville. Lorsque, vers l'an 445 ap. J.-C., Cossay résolut de fonder une ville à la Mecque, « il divisa l'étendue du terrain qu'embrassa, depuis, la ville, en différentes portions ou quartiers qu'il assigna pour demeure à sa propre famille et à celles d'entre les autres familles Coraychites qui tenaient de plus près à la sienne » (5) ; et ces mêmes familles, « auxquelles Cossay avait assigné des quartiers, s'y trouvaient encore établies à la naissance de l'islamisme » (6). — De même, les fonctions publiques n'étaient, à la Mecque, que des charges de famille, et, dans les compétitions et les luttes auxquelles donnaient lieu l'obtention de ces charges, il n'y

---

(1) Caussin de Perceval, *Essai sur l'histoire des Arabes*, t. II, p. 674.

(2) Extrait du roman d'Antar, traduit par Cardin de Cardonne, *Journ. asiat.*, mars 1834, p. 256 et suiv.

(3) Seignette, *trad. de Khalil*, Introduction, XL, note.

(4) Marçais, *Des parents ou alliés successibles en droit musulman*, p. 32.

(5) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. I, p. 236.

(6) *Eod. loc.*, t. I, p. 237.

avait, en réalité, que des rivalités de familles et non des conflits ayant un caractère politique. On tenait pour les petits-enfants d'Abdeddar ou pour ceux d'Abdmanaf. On se groupait, on s'alliait entre familles et « les alliances auxquelles la division survenue entre la maison d'Abdeddar et celle d'Abdmanaf avait donné naissance, subsistèrent jusqu'à l'époque de l'islamisme, et furent confirmées par Mahomet » (1).

En sorte que, s'il est vrai qu'à cette époque de l'histoire, la véritable société arabe soit celle de la tribu (2), il est également vrai, qu'au point de vue politique, comme au point de vue social, la famille est la véritable unité de cette société.

*
* *

7. — Mais, cette famille, quelle est-elle ?

A en croire Strabon, les Arabes de son temps auraient vécu dans une promiscuité complète, pratiquant la communauté des femmes comme celle des biens (3). Or, en un pareil milieu, il ne saurait y avoir de parenté que par les femmes, et d'autre régime familial que le matriarchat. Et il semble bien, en effet, qu'à une certaine époque, qu'il est, d'ailleurs, impossible de préciser, les Arabes des temps préislamiques n'ont connu d'autre parenté que la parenté par les femmes (4).

Il est, tout d'abord, certaines dispositions de la loi musulmane qui demeurent difficilement explicables, si l'on ne veut y voir des survivances du matriarchat primitif. La famille musulmane, on le verra par la suite, est basée sur le patriarchat ; elle ne peut être fondée que par un mâle, elle ne s'accroît et ne se développe que par les mâles ; les descendants par les femmes en sont exclus. Dans de telles circonstances, il ne devrait y

(1) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. I, p. 255.

(2) Renan, *op. cit.*, p. 13.

(3) Strabon, XVI, ch. IV, 25.

(4) Wilken, *Das matriarchat (das muterrecht) bei den alten Arabern* (traduction de l'ouvrage hollandais).

avoir de prohibitions au mariage basées sur la parenté, que vis-à-vis des proches de la ligne paternelle. Or, ces prohibitions existent aussi bien vis-à-vis des proches de la ligne maternelle que vis-à-vis des proches de la ligne paternelle ; et, en tant qu'elles concernent les proches de la ligne maternelle, ces prohibitions ne peuvent avoir été admises qu'à une époque où la parenté était susceptible de s'établir par les femmes, où les descendants par les femmes n'étaient point encore exclus de la famille (1).

C'est également, semble-t-il, au régime du matriarchat qu'il y a lieu de rattacher les particularités de la législation musulmane touchant la *parenté de lait*. — « Le jeune enfant ou nourrisson, dit Khalil, est personnellement mais uniquement devenu, au point de vue rationnel, l'enfant de la femme qui l'a allaité » (2). Et Ibrahim Halébi déclare que « le lait donné par une femme à un enfant étranger établit entre eux une parenté aussi sacrée que celle du sang » (3). L'enfant allaité est considéré comme né de sa nourrice, et le mariage lui est interdit avec les proches de celle-ci, tout comme s'il était réellement son enfant (4). D'autre part, le nourrisson est tenu pour le fils de celui qui, « par une copulation complète, ... a été la cause première de la production du lait dans les mamelles de la mère » (5). Et de plus, « tout nouvel individu qui ensuite cohabite avec elle (la nourrice), avant la disparition du lait, partage la paternité avec le premier individu » (6). — Ainsi, l'enfant allaité, par le fait de l'allaitement, entre, en quelque sorte, dans la famille de tous ceux avec qui la nourrice a cohabité avant la disparition du lait, — et, s'il en est ainsi, c'est parce que la nourrice est réputée lui avoir donné le jour. — Or, il semble bien que de

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 16.

(2) Khalil, *trad. Perron*, t. III, p. 122.

(3) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. V, p. 169.

(4) Khalil, *trad. Perron*, t. III, p. 121 ; — Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. V, p. 170.

(5) Khalil, *trad. Perron*, t. III, p. 123.

(6) *Eod. loc.*

pareilles solutions n'ont pu être admises qu'à une époque où il n'est de véritable parenté que par les femmes, — où la filiation maternelle constitue la source normale de la parenté (1).

De même, la mère a la *hadhanat*, c'est-à-dire le droit à la garde de ses enfants en bas âge. Ceux-ci ne peuvent lui être enlevés tant qu'ils n'ont pas atteint un âge déterminé ; et il en est ainsi, même en cas de dissolution du mariage par le divorce ou la répudiation. Puis, à défaut de la mère ou sur son refus d'exercer la *hadhanat*, la garde des enfants est confiée à certains parents, d'après un ordre de dévolution que précisent les jurisconsultes musulmans et duquel il résulte que, dans l'attribution de cette *hadhanat*, les femmes sont préférées aux hommes, — et parmi les femmes, celles de la ligne maternelle à celles de la ligne paternelle (2). — Or, si les enfants sont, de préférence, confiés à des femmes, c'est, vraisemblablement, que celles-ci sont mieux en situation de leur fournir des soins appropriés à leur âge. Mais il paraît bien difficile d'expliquer pourquoi, dans la dévolution de la *hadhanat*, les femmes de la ligne maternelle l'emportent sur celles de la ligne paternelle, autrement que par cette idée, laquelle aurait prévalu autrefois, que les enfants appartiennent plus à la mère qu'au père, — que leur vraie famille, c'est la famille maternelle.

8. — Ainsi, il est, dans le droit musulman, certaines institutions qui paraissent aller à l'encontre des principes fondamentaux de ce droit, et dont l'existence autorise à penser, qu'à une époque antérieure, des principes contraires avaient été reçus, avec lesquels ces institutions se trouvaient être en harmonie. — Or, c'est là une manière de voir que ne fait que confirmer la lecture des historiens.

La coutume mecquoise préislamique, par exemple, autorisait le mariage pour un temps limité. Une femme s'engageait à

---

(1) Peut-être aurait-on le droit de voir, également, une trace du matriarchat primitif dans la situation privilégiée faite, en Turquie, à la mère et à la nourrice du sultan. — De Régla, *La Turquie officielle*, p. 265.

(2) Khalil, *trad. Perron*, t. III, p. 159 et suiv.

vivre avec un individu pendant un certain laps de temps, après quoi elle recouvrait sa liberté. Quelquefois même, la femme prenait des engagements temporaires de ce genre, non plus vis-à-vis d'un, mais vis-à-vis de plusieurs individus, et cela simultanément (1). Tolérée par Mahomet, cette union temporaire fut abolie par Omar, « comme une espèce de prostitution légale qui était incompatible avec les bonnes mœurs » (2). Or, il n'est pas douteux qu'étant donnée l'incertitude de la paternité dans les unions de cette sorte, les enfants qui en naissaient ne pouvaient avoir de parenté véritable et certaine qu'avec leur mère et la famille de celle-ci. Ils portaient le nom de leur mère et n'héritaient que du côté maternel (3).

De même, certaines femmes avaient la faculté de répudier leurs maris (4). « Lorsqu'elles avaient pris la résolution d'user de ce droit, elles l'annonçaient en faisant faire volte-face à leur tente, c'est-à-dire en la tournant de manière à ce que la portière fût placée du côté directement opposé à celui sur lequel elle s'ouvrait auparavant. Ce changement indiquait au mari qu'il avait perdu son titre et que l'entrée lui était désormais interdite » (5). Or, il est bien certain que de tels usages sont incompatibles, soit avec le régime du patriarchat, soit avec l'institution du mariage par achat, — tandis qu'ils se conçoivent à merveille en une société dans laquelle la femme occupe au sein de la famille une place prépondérante, — dans laquelle c'est

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 43.

(2) Dugat, *Histoire des philosophes et des théologiens musulmans*, p. 101, note 2. — Ce mariage temporaire est encore pratiqué en Perse, sa validité étant admise par la secte chiite. Querry, *Recueil de lois concernant les musulmans chiites*, t. I, p. 689; — Barbier de Meynard, *Le Séid Himyarite;* Journ. asiat., 1874, août-septembre, p. 159.

(3) Marçais, *op. cit.*, p. 44.

(4) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. I, p. 257.

(5) *Eod. loc.*, t. II, p. 625. — De même, chez les Touareg, où s'est maintenu le régime du matriarchat, la femme a le droit de rompre, à son gré, le mariage. Durand, *Notes sur les Touareg;* Bul. de la Société de géographie d'Alger, 1904, p. 690; — Benhazera, *Six mois chez les Touareg du Ahaggar*, p. 18.

par la femme que la famille se fonde, s'accroît et se développe (1).

9. — Mais, dès avant la naissance de Mahomet, le régime du matriarchat avait disparu en Arabie, pour faire place à celui du patriarchat. C'est là une affirmation dont il est inutile d'entreprendre, aujourd'hui, la démonstration, car il semble bien que, sur ce point, la lumière ait été faite entièrement par Robertson Smith (2), — puis par M. Marçais dans la très remarquable étude qu'il a consacrée à la matière des successions musulmanes (3). Nous nous bornerons, à côté des considérations très concluantes développées par ces deux auteurs, aux ouvrages de qui nous renvoyons, à noter le fait suivant : « Cossay était âgé de quelques mois seulement (4), lorsque son père Kilab mourut. Sa mère Fatima ne tarda pas à convoler en secondes noces. Un personnage codhaïte nommé Rabia, chef de la famille des Benou-Adhra, établi à Waldicora, ayant fait un voyage à la Mecque, vit Fatima, demanda sa main, et l'épousa. Il l'emmena avec son jeune enfant dans le pays qu'il habitait. Cossay, à cette époque, venait d'être sevré. Son frère Zohra, qui était un homme

---

(1) Les auteurs qui se sont préoccupés de préciser la condition de la femme arabe à l'époque préislamique, ont recueilli les renseignements les plus contradictoires. Certains de ces renseignements tendent à établir que la femme était dans une situation des plus misérables, alors qu'il semble résulter des autres que « l'époque antéislamique est celle de la gloire de la femme arabe » (Mercier, *La condition de la femme musulmane dans l'Afrique septentrionale ;* Rev. Alg., 1895, 1, 52). — Et l'on a tenté de concilier ces divers documents en disant que les uns ne concernent que les tribus misérables de l'intérieur de l'Arabie, tandis que les autres s'appliquent aux populations aisées de certaines régions et des villes. Peut-être, serait-il plus exact de dire que ceux-ci se réfèrent à des tribus où avait survécu le régime du matriarchat, et ceux-là des tribus chez lesquelles avait déjà prévalu la pratique du mariage par achat, d'où dérive le régime du patriarchat. — C'est ainsi que, chez les Touareg, qui ont conservé le régime du matriarchat, chez qui le fils est noble ou serf suivant que la mère est noble ou serve, sans tenir compte de la qualité du père, car *c'est le ventre qui teint l'enfant*, « on retrouve à chaque pas l'influence de la femme dans la société targuie. Dans l'histoire, dans l'hérédité, dans la vie, dans la pensée, dans la conduite du Touareg, partout son influence se fait sentir » (Benhazera, *op. cit.*, p. 11).

(2) Robertson Smith, *Kinship and marriage in earlay Arabia.*

(3) Marçais, *Des parents et alliés au degré successible en droit musulman.*

(4) Cossay naquit vers l'an 398.

fait, demeura à la Mecque... Cependant Cossay fut élevé dans la tente de Rabia, qu'il croyait son père. *Lorsqu'il fut devenu grand et qu'il connut son origine, il retourna parmi les Coraychites,* et obtint bientôt de la considération par ses qualités éminentes » (1). — Il est donc, dès cette époque, admis que la véritable famille, c'est la famille paternelle.

Mais, sous l'influence de quelles causes s'est opérée cette substitution du régime du patriarchat à celui du matriarchat ? — Vraisemblablement, chez les Arabes, comme chez les peuples où se peut constater une semblable évolution, celle-ci commence avec la pratique de l'exogamie, avec l'usage du mariage individuel par capture, puis par achat (2). Et, « bien des causes devaient tendre à augmenter l'importance de ces mariages individuels et à faire disparaître la communauté des femmes. L'impulsion donnée au développement des affections, la commodité des arrangements domestiques, les vœux naturels de la femme elle-même, et enfin et surtout peut-être la faiblesse des enfants nés sous le régime de la communauté, devaient faire comprendre chaque jour davantage la supériorité du mariage individuel » (3). — Et comme, dans ce mariage, le rôle du mâle est prépondérant, comme ce rôle est celui d'un maître, les enfants qui naissent de ce mariage appartiennent au mâle, et n'appartiennent qu'à lui. Ils ne sauraient appartenir à la mère qui, étant achetée par le mari, n'est, on le verra bientôt, qu'un élément du patrimoine de ce dernier. Le mâle est le maître des enfants, et il l'est à l'exclusion de leur mère, parce qu'il est le maître de celle-ci. — Et voilà comment, avec le mariage par capture ou achat, se fait jour cette idée qu'il n'est, pour les enfants, de lien, partant de parenté, qu'avec le père, — comment se généralise la pratique du mariage individuel, — et comment, par suite de cette généralisation, le régime du patriarchat arrive à remplacer le régime du matriarchat ; car, c'est un

(1) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. I, p. 231.

(2) Marçais, *op. cit.*, p. 17.

(3) Gr. Encyclopédie, v° *Famille*, p. 1145, col. 1.

fait que les notions de paternité et de famille paternelle ne se combinent pas avec celles de maternité et de famille maternelle, mais s'y substituent (1).

A la Mecque, toutefois, le régime du matriarchat laissa quelques traces d'une certaine importance (2). C'est ainsi que la femme, — l'exemple de Khadidja, épouse du Prophète, le montre, — y possédait une indépendance et pouvait y exercer une influence dont, ailleurs, elle ne jouissait pas.

10. — Toujours est-il, qu'à la veille du jour où va s'ouvrir l'ère musulmane, le patriarchat constitue, en Arabie, le système familial dominant. « La parenté n'est fondée que par les mâles et n'est reconnue qu'entre les mâles » (3). La famille ne comprend que des mâles, parents par les mâles.

a) Elle ne comprend que des mâles. — L'épouse, en effet, n'est qu'un élément du patrimoine du mari, dont celui-ci se défait, comme bon lui semble, par la répudiation ; à sa mort, elle est attribuée, comme les autres biens de la succession, aux héritiers les plus proches. « De là, dit Caussin de Perceval, ces unions fréquentes entre beaux-fils et belles-mères, unions qui plus tard interdites par l'islamisme, furent flétries par le nom de *Nicâh el-makt*, mariage odieux » (4). On lit, d'autre part, dans le *Kitab el-Aghani :* « Aminah était femme d'Ommaïah... Après la mort d'Ommaïah, elle épousa Abou Amrou, fils de son mari ; car, du temps du paganisme, un homme se mariait sans scrupule à la femme de son père » (5). — Quant à la fille née de cette épouse, « incapable d'acquérir ou mieux de conquérir des biens, ou d'en défendre la propriété, elle ne devait pas moins être comptée parmi les bouches à nourrir » (6), et constituait,

---

(1) Gr. Encyclopédie, v° *Famille*, p. 1162, col. 1; — Kovalewsky, *Le clan chez les tribus indigènes de la Russie;* Rev. de sociologie, février 1905, p. 82.

(2) Marçais, *op. cit.*, p. 42.

(3) *Eod. loc.*, p. 7.

(4) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. I, p. 351 ; — Marçais, *op. cit.*, p. 17 et 18.

(5) Kitab el-Aghani, *trad. Quatremère ;* Journ. asiat., décembre 1835, p. 506.

(6) Marçais, *op. cit.*, p. 19.

pour la famille, un élément de faiblesse. L'on redoutait également que, par son inconduite, elle ne fût, pour ses proches, la cause du déshonneur (1). Aussi sa naissance était-elle considérée comme un malheur, et les filles étaient-elles fréquemment mises à mort. Aussitôt nées, on les enterrait vivantes (2). Appelées, d'ailleurs, par l'effet du mariage, à quitter la famille, on n'aurait pu, sans risquer d'affaiblir celle-ci, leur y faire la même situation qu'à ceux qui, destinés à y vivre, à ne s'en pas séparer, contribuaient à en accroître la force et la richesse (3). La fille n'était, elle aussi, qu'un élément du patrimoine, dont la famille tirait parti en la vendant à un mari.

b) La famille ne comprend que des parents par les mâles. — Le fils de la fille, en effet, reste étranger à la famille de sa mère. « Les fils de nos fils sont nos fils, dit Tobrizy, mais les fils de nos filles sont des fils d'étrangers » (4).

11. — Ces mâles, parents par les mâles, étaient appelés *aceb*, et leur ensemble constituait l'*akila* (5).

Mais, indépendamment de ces *aceb* unis par les liens du sang, il en était d'autres qui, bien que nés en dehors de l'*akila* et ne pouvant exciper d'une communauté d'origine, se rattachaient, cependant, à la famille par un lien fictif de parenté. C'étaient ceux qui avaient conclu avec un des membres de l'*akila* un contrat d'adoption, — ou bien échangé avec lui un serment de fraternité, — ou qui, ayant été ses esclaves, avaient bénéficié d'un affranchissement.

L'adoption était, en effet, pratiquée dans l'ancienne Arabie. « Aux temps antéislamiques, dit El-Khazin, c'était un usage reçu qu'un homme en adoptât un autre » (6). — L'on se liait

(1) *Djèida*, extrait du roman d'Antar, traduit par Cardin de Cardonne; Journ. asiat., juillet 1837, p. 49.

(2) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. I, p. 351.

(3) Marçais, *op. cit.*, p. 21.

(4) *Eod. loc.*, p. 8.

(5) *Eod. loc.*, p. 27; — Khalil, *trad. Seignette*, art. 1836.

(6) Luciani, *Traité des successions musulmanes*, p. 99, n° 138.

également par des serments dont la formule était la suivante : « Ma mort sera la tienne, mon salut sera le tien, j'hériterai de toi et tu hériteras de moi, je te prêterai mon appui et tu me prêteras le tien, je répondrai de toi comme tu répondras de moi » (1). — Quant à l'affranchissement, il était pratiqué avant même que le Prophète ne l'eût recommandé comme un acte louable (2), car Caussin de Perceval constate que « l'auteur du Sirat dit positivement que l'*affranchissement* et l'adoption de Zayd par Mahomet furent *antérieurs* aux premières révélations qui annoncèrent à Mahomet sa mission prophétique » (3).

Or, ces *aceb*, qui n'étaient unis aux autres membres de l'*akila* que par une parenté fictive, étaient-ils assimilés aux parents par le sang ? — Le lien qui les rattachait au groupe des mâles, parents par les mâles, était-il aussi étroit que celui qui unissait ces mâles entre eux ? — Et possédaient-ils, dans l'*akila*, les prérogatives dont pouvaient se prévaloir, dans leurs rapports respectifs, les parents par le sang ?

La communauté de sang réelle des parents mâles par les mâles emportait : « l'union dans la guerre, dans la paix, dans la vengeance ; le droit réciproque à la succession et à la *dia*, composition pécuniaire payée pour le meurtre de l'un d'entre eux » (4).

Or, il ne semble pas qu'à cette époque, le fils adoptif fût traité, dans la famille de l'adoptant, autrement qu'il n'eût dû l'être, s'il avait été réellement engendré par ce dernier. El-Khazin dit en effet qu' « aux temps antéislamiques, c'était un usage reçu qu'un homme en adoptât un autre, qui était considéré comme son fils, qui portait son nom et héritait de lui » (5). — D'autre part, si l'on s'en tenait à la seule formule des pactes de fraternité, l'on pourrait se croire autorisé à penser que la communauté de sang fictive résultant de ces pactes

(1) Luciani, *op. cit.*, p. 63, n° 97.
(2) Coran, XXIV, 33.
(3) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. I, p. 347, note 1.
(4) Marçais, *op. cit.*, p. 28.
(5) Luciani, *op. cit.*, p. 99, n° 138.

entraînait les mêmes conséquences que la communauté de sang réelle. D'ailleurs, Ibn Khaldoun déclare que « cette sorte de parenté civile, bien qu'elle n'ait pas la cause naturelle de la cognation, peut en produire tous les effets utiles » (1). Et, cependant, il semble bien que la composition due, à l'occasion du meurtre de celui avec qui un pacte de fraternité avait été échangé, n'était point la même que celle due pour le meurtre d'un contribule pur et lui était inférieure de moitié (2) ; de même, si, de ce pacte, naissait une vocation héréditaire réciproque, elle était limitée au sixième de la succession (3). — Enfin, si l'affranchissement établissait une sorte de parenté entre le maître et son ancien esclave, il n'y avait point assimilation entre cette parenté et la parenté par le sang ; le patron n'était point tenu pour le père de son affranchi ; et, ce qui le montre bien, c'est ce fait que Mahomet, après avoir affranchi Zayd, l'adopta (4). L'adoption aurait été inutile, si, du chef de l'affranchissement, l'ancien esclave eût dû être considéré comme le fils de son ancien maître, porter son nom et hériter de lui.

12. — Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, de cette parenté fictive et des effets qu'elle produit, — il est vrai de dire qu'à l'époque préislamique, la parenté ne s'établit que par les mâles ; la famille ne peut être fondée que par un mâle ; elle ne s'accroît et ne se développe que par les mâles (5). — Ses divers membres restent groupés, même dans les villes (6), vivant sous l'autorité d'un chef. — Le père dispose, à l'égard de ses enfants, d'une

---

(1) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, vol. I, 1re part., p. 332 ; trad. par Seignette, *Khalil*, Introduction, XL, note ; — Marçais, *op. cit.*, p. 28.

(2) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. II, p. 657 et suiv.

(3) Marçais, *op. cit.*, p. 28.

(4) *Eod. loc.*, t. I, p. 346.

(5) La femme se trouve, à cette époque et par rapport au mâle, dans un état non douteux d'infériorité légale. M. Perron prétend, toutefois, que sa situation intellectuelle et morale était toute différente ; *Femmes arabes avant et depuis l'islamisme*, p. 1.

(6) V. *sup.*, n° 5.

puissance sans bornes ; il a sur eux droit de vie et de mort (1). — A son décès, seul, l'aîné lui succède, à l'exclusion des cadets (2).

Or, l'on a prétendu, qu'à ces divers points de vue, il y avait une « concordance remarquable... entre les coutumes primitives de Rome et les usages antéislamiques » (3) ; et l'on en a conclu « à une origine commune des races sémitiques et indo-germaniques » (4).

Certes, à quelques égards, l'analogie n'est pas contestable. La famille romaine est la famille agnatique ; elle aussi ne peut être fondée que par un mâle, — et, seuls, les descendants par les mâles en font partie. D'autre part, les divers membres de la famille habitent en commun, au même foyer ou sur le même domaine (5), sous la direction d'un chef dont l'autorité est absolue. — Enfin, la femme est maintenue dans un réel état d'infériorité par rapport au mâle ; épouse, elle est sous la puissance de son mari (6) ; — fille, sous la puissance de son père ou d'un tuteur ; elle n'est point appelée à connaître l'indépendance.

Mais, par ailleurs, que de différences notables entre le système familial des Arabes de l'époque préislamique et le système familial romain des premiers siècles, dont l'institution fondamentale est cette *Patria potestas* si particulière, si spéciale que Gaïus disait d'elle : « *fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habeant potestatem, qualem nos habemus !* » (7).

C'est ainsi que : *a).* — Les différences juridiques entre les

---

(1) Seignette, *trad. de Khalil,* Introduction, XXVII ; — Sautayra et Cherbonneau, *Du statut personnel et des successions,* t. I, p. 342, n° 439 ; — Clavel, *Du statut personnel et des successions*, t. I, p. 305, n° 441.

(2) Luciani, *op. cit.*, p. 103, n° 140, et p. 176, n° 223.

(3) Seignette, *trad. de Khalil,* Introduction, XXXVI.

(4) *Eod. loc.*, XL.

(5) Lefebvre, *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 47.

(6) Il est vraisemblable qu'à l'origine, le mariage *cum manû* fut le seul pratiqué.

(7) Gaïus, *Comment.*, I, 55.

deux sexes sont beaucoup plus accentuées, en Arabie, qu'elles ne l'étaient à Rome; l'infériorité de la femme, par rapport aux mâles, y est beaucoup plus marquée. La femme arabe est, à proprement parler, une chose, un élément de patrimoine ; elle peut faire l'objet d'une vente et se transmet par succession (1). — A Rome, au contraire, « la puissance paternelle pèse d'un poids égal sur le fils et la fille, et les tient l'un et l'autre abaissés sous le même niveau » (2), et ce n'est qu'autant que la puissance paternelle disparaît, que des différences juridiques se manifestent entre les deux sexes ; le fils, s'il est pubère, acquiert indépendance et capacité ; la femme est soumise à une tutelle perpétuelle. Mais, qu'elle soit en puissance de tuteur, qu'elle soit soumise à la *patria potestas* de son père, si elle est fille, — de son mari, si elle est épouse, — la femme romaine n'est pas simplement une chose, un élément du patrimoine que l'on cède ou que l'on recueille par voie de succession *ab intestat*. Et, tandis que la femme arabe des temps préislamiques est dépourvue de toute vocation héréditaire, et se transmet par voie de succession, — à Rome, au contraire, « la loi accorde à la fille et au fils des droits égaux sur l'héritage paternel » (3). — En sorte que, s'il est vrai de dire que la famille, dans le droit primitif romain comme dans le droit primitif arabe, ne s'accroît et ne se développe que par les mâles, on n'est point autorisé à affirmer que la famille romaine, comme la famille arabe, ne comprenne que des mâles.

b). — D'autre part, à Rome, le *paterfamilias* dispose, sur les personnes et sur les biens, d'une autorité absolue. — *Sur les personnes;* le *paterfamilias*, en effet, est libre, en quelque sorte, de composer, arbitrairement et à son gré, la famille. Il peut accueillir ou repousser les nouveau-nés ; il a la faculté d'introduire des étrangers dans la famille par la voie de l'*adrogatio* ou de l'*adoptio*, de même qu'il lui est loisible d'en exclure tel

(1) V. *sup.*, n° 10.
(2) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 102.
(3) *Eod. loc.*

de ses enfants qu'il lui plaît, par la voie de l'*emancipatio* ou de la *datio in adoptionem* (1). Et, sur les divers membres de la famille, il a le pouvoir de vie et de mort. — *Sur les biens*, et, en effet, le *filiusfamilias* ne peut pas avoir une fortune personnelle, un patrimoine distinct; tout ce qu'il acquiert vient grossir le patrimoine familial, dont le *paterfamilias* semble bien avoir, à l'origine, la disposition absolue et exclusive. — Et cette *patria potestas* subsiste, tant qu'il plaît au *paterfamilias* de la conserver; elle ne disparaît qu'avec lui. L'enfant, quel que soit son âge, reste *filiusfamilias ;* l'âge ne lui confère point, en effet, le droit d'exiger son émancipation, de même que son mariage ne lui donne pas l'indépendance et ne détermine point la formation, dans la famille, d'une unité distincte, d' « un nouveau noyau familial » (2).

Or, si, dans l'antique Arabie, le père possédait, tant dans la constitution que dans la direction de la famille, des pouvoirs très étendus, s'il lui était possible, autrement que par la procréation, d'accroître, à son gré, l'*akila* et d'augmenter le nombre de ses *aceb*, par la voie de l'adoption, par exemple, ou d'un pacte de fraternité, — s'il avait sur ses enfants droit de vie et de mort, et s'il avait la faculté, après l'avoir accueilli, d'exclure et de rejeter de la famille tel de ses enfants qu'il lui plaisait, et de rompre, par le seul effet de sa volonté, le lien de parenté qui l'unissait à ce dernier (3), — il ne semble pas, cependant, qu'à tous égards, la coutume lui reconnût, dans la famille, sur les personnes et sur les biens, des pouvoirs aussi étendus que ceux que les lois romaines conféraient au *paterfamilias*. — C'est ainsi que chaque membre de la famille avait, en dépit de la dépendance dans laquelle il se trouvait placé par rapport à son chef, une individualité, une personnalité entièrement distincte de celle de ce dernier. Il pouvait avoir une fortune personnelle, un patrimoine propre; il pouvait se créer

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 47.

(2) *Eod. loc.*, p. 24.

(3) Seignette, *op. cit.*, p. 717.

et s'assurer le bénéfice d'une situation indépendante. « Cossay, rapporte Caussin de Perceval, parvenu à une grande vieillesse, voyait avec peine que son fils aîné, Abdeddar, ne jouissait pas d'une considération égale à celle de ses frères, Abdelâzza, Abd et Abdmanaf. Celui-ci surtout avait acquis, *du vivant même de son père*, une haute influence parmi les Coraychites. Cossay dit un jour à Abdeddar : « *Tes frères se sont fait une position personnelle supérieure à la tienne ;* mais je veux t'élever au-dessus d'eux » (1). — Le système familial, qui avait prévalu, chez les Arabes de l'époque préislamique, n'impliquait donc nullement, comme le système romain, l'absorption des membres de la famille « par un chef qui a tout en main, comme pouvoir et fortune » (2). — D'ailleurs, cette liberté, cette indépendance de l'individu, chez les Arabes et dans les sociétés sémitiques en général, nombre d'auteurs la constatent et déclarent qu'elle est la conséquence de la vie nomade qui développe les instincts individuels, l'indépendance personnelle, l'esprit d'égalité (3).

Il est bien vrai que, dans les tribus plus ou moins sédentaires ou nomades, les difficultés, comme les dangers de l'existence, devaient maintenir les divers membres de la famille plus étroitement unis sous une autorité plus forte ; et, vraisemblablement alors, pour tous les membres de la famille, il n'était qu'un seul patrimoine dont le chef dirigeait l'exploitation. Mais ce patrimoine unique n'était point celui du chef ; c'était un patrimoine commun, indivis. La loi musulmane, en effet, ne permet pas au testateur de disposer de plus du tiers de ses biens au détriment de ses *aceb*, quels qu'ils soient et si éloigné que puisse être leur degré de parenté (4). Or, il semble bien difficile de donner, de cette règle, une explication satisfaisante, si l'on ne veut y voir, soit un souvenir de l'assistance que se devaient, autrefois, les divers membres de l'*akila*, soit une sur-

(1) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. I, p. 250.

(2) Lefebvre, *op. cit.*, p. 57.

(3) Kœnigswarter, *op. cit.*, p. 331 ; — Renan, *op. cit.*, p. 470 ; — de Nauphal, *Système législatif musulman*, Mariage, p. 4.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2062.

vivance de l'idée d'une communauté de biens existant entre tous les membres de cette *akila* et faisant obstacle à ce que chacun pût disposer librement et intégralement, au détriment des autres, des biens, qu'en fait, il détenait. Mais, quelle que soit la justification que l'on adopte, elle est inconciliable avec cette idée, qu'au temps de la *Djahilyya*, le chef du groupe familial aurait possédé la faculté illimitée de disposer des biens de ce groupe par testament (1). Si bien que le chef de famille, chez les Arabes de l'époque préislamique, loin d'être, comme le *paterfamilias* à Rome, « un chef qui a tout en main,

---

(1) M. Seignette pense, au contraire, qu'à l'époque préislamique, la liberté de tester était illimitée, et qu'en la restreignant, la législation coranique a innové ; mais il n'apporte aucune preuve à l'appui de cette manière de voir ; V. *trad. de Khalil*, Introduction, p. XXVIII. — MM. Sautayra et Cherbonneau paraissent admettre, également, que ce n'est qu'à l'époque islamique, que des limitations auraient été apportées à la liberté du père de disposer de ses biens par testament. « La quotité disponible, affirment-ils, a été fixée par un hadits que rapporte l'*Hédaya*. Dans l'année de la prise de la Mecque, dit l'auteur de ce traité, Abou Ouikas, étant malade, demanda au Prophète s'il pouvait faire des legs pour la totalité de ce qu'il possédait. Il lui fut répondu : Non. — Et pour la moitié ? — Pas davantage. — Et pour le tiers ? — Oui, répondit le Nabi, vous pouvez disposer du tiers » (*op. cit.*, t. I, p. 333, n° 833).

Mais, pour connaître la véritable portée de ce hadits, il importe de ne pas faire abstraction des circonstances dans lesquelles le Prophète avait été consulté. Dans l'espèce (El-Bokhari, *Les traditions islamiques*, trad. Houdas et Marçais, t. II, p. 262 et 263 ; — Cf. Peltier, *Le livre des testaments du Çaḥiḥ d'El-Bokhari*, p. 15), le testateur n'avait d'autre héritier présomptif qu'une fille, laquelle était héritière *fardh* et pouvait, en cette qualité, prétendre à la moitié de la succession ; la présence de cette fille faisait-elle obstacle à ce qu'il pût librement disposer de ses biens par testament ? Telle est la question qui fut posée par lui au Prophète.

Mais, pourquoi cette question ? Parce qu'à l'époque préislamique, la fille n'héritant point de son père (Cf. Marçais, *op. cit.*, p. 19 et suiv.), la qualité d'héritier n'étant reconnue qu'au mâle parent du défunt par les mâles, — qu'à l'*aceb*, — le père pouvait, en l'absence d'*aceb* et en dépit de l'existence de la fille, tester librement. Or, le Prophète ayant attribué, à la fille, des droits dans la succession de son père, la question s'est, alors, posée de savoir si la présence de ce nouveau successible avait, quant à l'étendue des pouvoirs du père de disposer de ses biens par testament, les mêmes conséquences que la présence d'un héritier *aceb*, — ou si, au contraire, les droits de ce successible étant d'une nature particulière et limités à une certaine part de la succession, sa présence ne demeurait pas sans influence sur l'étendue des pouvoirs de disposition reconnus au père en l'absence d'*aceb*, ou n'avait pas, tout au plus, pour résultat de limiter les pouvoirs de disposition du père à la partie de la succession demeurée libre, une fois opéré le prélèvement de moitié que ce successible était autorisé à pratiquer.

Telle est la difficulté sur laquelle, à la requête d'Abou Ouikas, a eu à se

comme pouvoir et fortune, et qui compose et gouverne seul toute sa *domus* jusqu'à son libre testament » (1), — doit être considéré, bien plutôt, comme le chef d'une communauté juridique à laquelle participaient ses *aceb*.

c). — Enfin, tandis qu'à Rome, la disparition du *paterfamilias* confère une indépendance complète à ceux des membres de la famille placés sous son autorité immédiate, tandis que cette disparition provoque une sorte de désintégration de la famille, — il en est autrement chez les Arabes de l'époque préislamique. Le chef disparu est remplacé par le plus âgé des membres de la famille (2), et celle-ci continue à vivre, sous ce nouveau chef, comme elle avait vécu sous l'ancien. Il en résultait une cohésion, une solidarité beaucoup plus étroite, non seulement entre membres d'une même famille, mais aussi entre familles d'une même tribu, — que celle qui existait, à Rome, entre ceux qui avaient cessé de vivre sous l'autorité d'un même *paterfamilias*, ou entre familles d'une même *gens*. « Dans une tribu, dit Dozy, tous les Bédouins sont frères. C'est le nom qu'ils se donnent entre eux quand ils sont du même âge. Si c'est un vieillard qui parle à un jeune homme, il l'appelle fils de mon frère. Un de ses *frères* est-il réduit à la mendicité et vient-il implorer son secours, le Bédouin égorgera, s'il le faut, son dernier mouton pour le nourrir ; son frère a-t-il essuyé un affront de la part d'un homme d'une autre tribu, il ressentira cet affront comme une injure personnelle, et n'aura point de repos qu'il n'en ait tiré vengeance. Rien ne saurait donner une idée assez nette,

---

prononcer Mahomet ; et sa réponse, en somme, a été celle-ci : *Même à l'égard d'un héritier* fardh *et encore que ce* fardh *ne serait réservatoire que de moitié, on ne peut disposer, par voie de legs, que du tiers de ses biens.*

En sorte que, contrairement à ce qu'affirment MM. Sautayra et Cherbonneau, le Prophète, dans le hadits ci-dessus relaté, n'a nullement posé le principe d'une limitation à la faculté de tester, ni fixé le montant du disponible ; il a simplement déclaré les règles concernant le disponible applicables à une espèce déterminée, pour laquelle il pouvait sembler que ces règles n'eussent pas été faites.

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 57.

(2) Luciani, *op. cit.*, p. 103, n° 140, et 176, n° 223 ; — Sédillot, *Histoire générale des Arabes*, t. I, p. 20.

assez vive, de cette *açabia*, comme il l'appelle, de cet attachement profond, illimité, inébranlable, que l'Arabe ressent pour ses contribules, de ce dévouement absolu aux intérêts, à la prospérité, à la gloire, à l'honneur de la communauté qui l'a vu naître et qui l'a vu mourir » (1).

En sorte que, quoi qu'on en ait dit, il existe des différences très appréciables entre le système familial romain des premiers siècles et le système familial des Arabes de l'époque préislamique. Et si l'on voulait, à tout prix, établir un rapprochement entre l'existence familiale de ces Arabes et l'existence familiale de quelque autre peuple, c'est bien plutôt à la famille germanique (2) ou à la communauté de village de l'Inde (3), qu'il faudrait comparer la famille arabe des temps antéislamiques.

13. — Quoi qu'il en soit, cette famille arabe nous apparaît comme basée sur le patriarchat ; elle n'est fondée que par un mâle et ne comprend que des mâles, parents par les mâles. — A sa tête se trouve placé un chef investi de pouvoirs extrêmement étendus, mais qui, cependant, loin d'absorber la personnalité de ses divers membres, vit bien plutôt en communauté juridique avec eux. — Au point de vue politique comme au point de vue social, cette famille constitue la véritable unité de la société arabe.

Dans quelle mesure les réformes réalisées par le Prophète ont-elles modifié cet état de choses ?

---

(1) Dozy, *op. cit.*, t. I, p. 9 et 10.

(2) Kœnigswarter, *op. cit.*, p. 118 et suiv.

(3) Sumner Maine, *op. cit.*, p. 245 et suiv.

II

14. — Le triomphe de l'islamisme a déterminé une transformation profonde de la société arabe. Entre tribus « sans communauté d'intérêts, sans centre commun, ordinairement en guerre les unes avec les autres » (1), un lien s'est établi, à la fois politique et religieux. Le Prophète a fondé une communauté religieuse accessible à tous, sans distinction aucune de famille, ni même de race. Il suffit, en effet, pour lui appartenir, d'avoir prononcé la formule de la confession de la foi ; il suffit de croire. « Les fidèles, hommes et femmes, est-il dit au Coran, sont amis les uns des autres » (2). — Et cette communauté n'est pas simplement une communauté religieuse ; elle a et doit avoir un chef ; et celui-ci n'est pas seulement un chef religieux, c'est aussi un chef politique.

Elle a un chef ; car le verset 62 du chapitre IV du Coran dit : « O Croyants ! obéissez à Dieu, obéissez à l'apôtre et à ceux d'entre vous qui exercent l'autorité » (3).

Elle doit avoir un chef. Cela résulte de ce hadits : « Des détenteurs du pouvoir vous gouverneront après moi. Il y en aura de bons qui vous gouverneront avec bonté ; il y en aura de pervers qui vous gouverneront avec perversité. Écoutez-les et obéissez-leur en tout ce qui est conforme à la Loi. S'ils se conduisent bien, le mérite en sera pour vous et pour eux. S'ils se conduisent mal, le mérite sera pour vous et le démérite pour eux » (4). Cela résulte encore de l'*accord de la nation*, qui « se forma, au moment de la mort du Prophète, sur le point d'en élire le successeur incontinent, en abandonnant, pour y procéder, le plus sacré des devoirs, celui d'ensevelir le messager de Dieu » (5).

---

(1) Dozy, *Hist. des Mus. d'Espagne*, t. I, p. 16.
(2) Coran, *trad. Kazimirski*, ch. IX, vers. 72.
(3) *Eod. loc.*
(4) El-Mawerdi, *El-Ahkam es-Soulthâniya*, trad. Ostrorog, t. I, p. 98.
(5) *Eod. loc.*, p. 97, note 2.

Aussi, Nedjem ed-Din Nassafi déclare-t-il que « les musulmans doivent être gouvernés par un imam » (1). — Et, d'après Sad ed-Din Teftazani, « l'établissement d'un imam est un point canonique arrêté et statué par les Fidèles du premier siècle de l'Islam. Ce point, qui fait partie des règles apostoliques et qui intéresse, d'une manière absolue, la loi et la doctrine, est basé sur cette parole du Prophète : *Celui qui meurt sans reconnaître l'autorité et l'imam de l'époque est censé mort dans l'ignorance, c'est-à-dire dans l'infidélité.* Le peuple musulman doit donc être gouverné par un imam. Cet imam doit être seul, unique ; son autorité doit être absolue ; elle doit tout embrasser ; tous doivent s'y soumettre et la respecter ; nulle ville, nulle contrée ne peut en reconnaître aucun autre, parce qu'il en résulterait des troubles qui compromettraient et la religion et l'État ; et, quand même une autre autorité indépendante serait à l'avantage temporel de cette ville, de cette contrée, elle n'en serait pas moins illégitime et contraire à l'esprit et au bien de la religion, qui est le point le plus essentiel et le plus important de l'administration des imams » (2).

Et ce chef de la communauté islamique n'est pas seulement un chef spirituel. Il n'a pas seulement pour mission d'assurer le maintien du dogme, de défendre la religion et de faire la guerre sainte à ceux qui refusent de croire, après y avoir été conviés. C'est aussi un souverain politique, car c'est à lui que, d'après El-Mawerdi, incombe : « l'exécution des décisions judiciaires et le règlement des contestations, ... la protection de la vie, de l'honneur et des biens contre toute agression, ... l'application des dispositions pénales, ... la défense des frontières, ... la perception de l'aubaine et des aumônes, ... la fixation du montant de la solde et de ce qui doit être payé par le Trésor, ... la nomination d'hommes sûrs et de bon conseil aux postes du gouvernement et aux charges de finances ... » (3).

---

(1) Rinn, *Marabouts et Khouan*, p. 3.

(2) *Eod. loc.*

(3) El-Mawerdi, *op. cit.*, p. 161 et suiv.

Enfin, vis-à-vis de ce chef, la Communauté musulmane est tenue du double devoir d'obéissance et d'assistance, — pourvu, toutefois, qu'il se conforme, lui-même, à la Loi. « La nation, dit El-Mawerdi, est tenue de remplir deux devoirs à l'égard du khalife : le devoir d'obéissance et le devoir d'assistance ; cela, tant qu'il ne survient pas en lui une altération d'état. Or, deux choses constituent une altération d'état ayant pour effet de le faire déchoir du khalifat : la première est une lésion morale détruisant en lui la qualité de juste ; la seconde, une lésion physique » (1). Cette restriction est basée sur le hadits suivant : « Il est de votre devoir d'écouter tous ceux qui vous commandent, et de leur obéir, tant qu'ils ne vous ordonnent pas de faire quelque chose que Dieu désapprouve. S'ils l'ordonnent, il n'y a plus à écouter ni à obéir » (2). — Mais, pourvu qu'elle s'exerce conformément aux prescriptions de Dieu, l'autorité du chef est absolue, le khalife doit être obéi.

*
* *

15. — Dans de telles circonstances, l'établissement de l'islamisme aurait dû consommer la ruine politique de la famille. Dès l'instant, en effet, où la Communauté musulmane s'est constituée, non par l'agrégation d'un certain nombre de familles, mais par la réunion d'individus appartenant à la même religion ; — dès l'instant où l'individu tient ses droits, dans la Communauté, de sa qualité de croyant, c'est-à-dire d'une qualité qui lui est strictement personnelle, et qui est indépendante de son origine, la Communauté musulmane n'est plus qu'une communauté d'individus. Ceux-ci, d'autre part, doivent avoir, dans la Communauté, des droits identiques ; entre eux, il ne saurait y avoir d'inégalité de traitement basée sur une différence d'origine. En sorte que le rôle politique qui, jusqu'alors, avait appartenu à la famille, dans la société arabe, ne se conçoit plus.

(1) El-Mawerdi, *op. cit.*, p. 169 et suiv.
(2) *Eod. loc.*, p. 169, note 1.

Et, c'est bien ainsi que le Prophète l'entendit tout d'abord. « Plus de fierté païenne ! déclara-t-il ; plus d'orgueil fondé sur les ancêtres ! Tous les hommes sont enfants d'Adam, et Adam a été formé de poussière ; le plus estimable, aux yeux de Dieu, est celui qui le craint davantage » (1). — « Les hommes sont égaux, ajoutait-il, comme les dents d'un peigne ; la force de la constitution fait seule la supériorité des uns sur les autres » (2). Et c'est parmi les premiers convertis, parmi ceux qui se recommandaient à lui par leurs vertus et leur dévouement à l'Islam, parmi les Émigrés et les Défenseurs, que Mahomet choisit tout d'abord ceux à qui seraient confiés les postes les plus importants, tels que le commandement des armées et le gouvernement des provinces (3). Mais, en fait, l'ancienne organisation en tribus subsista (4), et le Prophète fut même amené à la présenter comme émanant de Dieu lui-même (5). Chaque tribu continua à n'avoir d'autre chef que celui qu'elle s'était donné (6). L'ancienne noblesse revendiqua ses prérogatives et Mahomet se résigna à les lui conserver. Il fut amené à reconnaître que : « ceux qui étaient nobles sous le paganisme restent nobles sous l'islamisme, pourvu qu'ils rendent hommage à la véritable sagesse » (7).

Si bien, qu'au point de vue politique, la situation de la famille ne se trouva nullement modifiée. « Chacune de ces petites sociétés, dit Dozy, ne vivait que pour soi, ne s'occupait que de soi, n'avait d'affaires que celles qui la touchaient. Dans la guerre, elles formaient autant de corps séparés, dont chacun avait son drapeau, que portait le chef ou un guerrier désigné

---

(1) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. III, p. 231.

(2) *Eod. loc.*, p. 507.

(3) Dozy, *Hist. des Mus. d'Espagne*, t. I, p. 41 et suiv.

(4) *Eod. loc.*

(5) Coran, ch. XLIX, vers. 13.

(6) Dozy, *op. cit.*, *eod. loc.*

(7) Dozy, *op. cit.*, t. I, p. 39; — V. en outre, Coran, ch. VI, v. 165; ch. XVII, v. 22. — Cf. Goldziher, *Muhammedanische Studien*, t. I, p. 40 et suiv. ; — Snouck-Hurgronje, *Contributions récentes à la connaissance de l'Islam ;* Rev. hist. rel., t. XX, p. 76 et suiv.

par lui ; dans les villes, chaque tribu avait son propre quartier, son propre caravansérail, et même son propre cimetière » (1). Les fonctions publiques continuèrent à n'être que des charges de famille. Il finit par en être ainsi, même du khalifat. Snouck-Hurgronje remarque, en effet, que la Communauté musulmane « devint un empire, dirigé par une famille qui, quoique étant de la tribu du Prophète, avait le plus longtemps résisté à sa révélation et qui, après s'être emparée du pouvoir, considérait cette autorité comme son patrimoine » (2).

*
* *

16. — D'ailleurs, le triomphe de l'islamisme n'aurait pas dû avoir pour conséquence unique d'amoindrir le rôle politique de la famille, — il aurait dû, semble-t-il, lui faire perdre également toute son importance sociale. Il n'est plus possible, en effet, de dire, comme à l'époque préislamique, qu'il n'est, pour l'individu, d'autre autorité comme d'autre garantie que celle de la famille (3). Il existe maintenant une autorité supérieure à la famille, supérieure aussi à la tribu, qui a pour mission d'assurer le respect des droits de chacun, et à laquelle chacun doit se soumettre, car il est dit au verset 62 du chapitre IV du Coran : « O Croyants ! obéissez à Dieu, à l'apôtre et à ceux d'entre vous qui exercent l'autorité » (4). La vie devient alors possible pour l'individu en dehors de la famille ou de la tribu, parce que la protection constante de celles-ci ne lui est plus indispensable. Si bien que, — sinon chez les Bédouins, pour qui les difficultés et l'insécurité de l'existence ne s'étaient guère modifiées, — chez les Arabes des villes, tout au moins, l'institution d'un gouvernement régulier, d'une autorité supérieure aux tribus, aurait dû provoquer la désagrégation de celles-ci et la dispersion

(1) Dozy, *op. cit.*, t. I, p. 41.
(2) *Questions diplomatiques et coloniales*, 15 juillet 1901, p. 76.
(3) V. *sup.*, n° 6.
(4) Coran, *trad. Kazimirski.*

de la famille. — Il n'en est rien, cependant, et les historiens constatent que l'ancienne organisation en tribus subsista même dans les villes, où « chaque tribu avait son propre quartier, son propre caravansérail et même son propre cimetière » (1).

17. — D'autre part, l'affermissement de l'islamisme aurait dû déterminer la disparition des luttes et des vengeances privées, marquer la fin des guerres de tribu à tribu. La législation coranique n'admet point, en effet, que l'on se fasse justice à soi-même : « Portez vos différends devant Dieu et devant l'apôtre, dit le verset 62 du chapitre IV du Coran, si vous croyez en Dieu et au jour dernier. Ceci est le mieux, c'est la meilleure issue du débat » (2). — Puis le Prophète affirme, à différentes reprises, que si l'on porte la responsabilité de ses propres fautes, on ne porte pas la responsabilité de celles d'autrui : « On ne vous demandera point compte de nos fautes, ni à nous non plus de vos actions... (3). L'âme chargée du fardeau de ses œuvres ne portera celui d'aucune autre... (4). Toute âme chargée d'un fardeau ne portera pas celui d'aucune autre » (5). Si bien que l'individu, qui a subi une offense, n'a plus besoin, pour en obtenir la réparation, de requérir l'assistance de ses proches, — de même qu'il n'a de compte à demander qu'à son offenseur et qu'il ne peut mettre en cause la famille de ce dernier. — Et, cependant, en dépit de la réglementation nouvelle, il est bien rare que les querelles nées entre individus aient un dénouement judiciaire et ne mettent point en présence deux familles ou même deux tribus. Ici, encore, « la mission du législateur musulman a rencontré, à l'origine, de grandes difficultés » (6), et très nombreux sont, au premier siècle de l'Hégire, les cas de guerres privées relatés par les historiens (7).

---

(1) Dozy, *op. cit.*, t. I, p. 41.
(2) Coran, *trad. Kazimirski.*
(3) *Eod. loc.*, ch. XXXIV, vers. 24.
(4) *Eod. loc.*, ch. XXXIX, vers. 9.
(5) *Eod. loc.*, ch. XVII, vers. 16.
(6) Omar Bey Loutfy, *De l'action pénale en droit musulman*, fasc. II, p. 73.
(7) V., notamment, Caussin de Perceval, *op. cit.*

18. — Enfin, tandis qu'à l'époque préislamique, il n'y a pas, à proprement parler, de relations individuelles, et que la nécessité d'assurer le respect de leurs droits détermine les individus à s'assurer l'assistance de leurs proches dans les marchés qu'ils passent et dans les contrats qu'ils concluent (1), — le nouvel ordre de choses établi par le Prophète va, semble-t-il, rendre inutile cette intervention des proches, et substituer à ces relations entre familles, dans le domaine du droit privé, des relations purement individuelles, puisqu'il n'est plus nécessaire, pour obtenir justice, de recourir à la force, et qu'il suffit de s'adresser « à Dieu et à l'apôtre » (2). — Il n'en est pas moins vrai, qu'au premier siècle de l'Hégire, la convention de mariage apparaît encore comme un arrangement entre familles, puisque « le clan tout entier avait un droit sur le *mahr* ou prix payé par le mari aux gens de sa future » (3).

En sorte que les réformes réalisées par Mahomet n'ont pas déterminé dans le rôle social de la famille, chez les Arabes, les modifications auxquelles on serait en droit de s'attendre.

*
* *

19. — L'établissement de l'islamisme a-t-il influé, du moins, sur l'organisation et la vie de la famille, sur la façon dont elle se constitue et sur la situation respective des individus qui la composent ?

Le Prophète a vu, dans la famille, une institution d'origine divine ; elle est, pour lui, l'œuvre de Dieu. « C'est Dieu, est-il dit au Coran, qui a créé d'eau les hommes, qui *établit entre eux les liens de parenté et d'affinité...* » (4). Une telle manière d'envisager les choses devait, fatalement, provoquer et légitimer l'intervention du chef de la Communauté musulmane,

(1) V. *supr.*, n° 5.
(2) Coran, ch. IV, vers. 62.
(3) Marçais, *op. cit.*, p. 32.
(4) Coran, chap. XXV, vers. 56.

vicaire de Dieu sur la terre, dans la réglementation du droit de famille, soit, par exemple, dans le but de préciser de quelle façon la famille se constitue, s'accroît et se développe, — soit, aussi, pour en déterminer la composition, pour dire quelles personnes en font partie, — soit, encore, afin de fixer la situation respective de celles-ci, de mesurer, notamment, l'étendue des droits du chef de la famille vis-à-vis de chacun de ses membres.

20. — Or, à l'époque préislamique, la famille, on l'a vu précédemment, s'accroît et se prolonge, en quelque sorte, naturellement, par la procréation, — artificiellement, par certains actes et contrats, tels que : adoption, serments de fraternité, affranchissement (1).

Pour ce qui est de l'adoption, les auteurs musulmans admettent, assez généralement, que l'usage en fut interdit par Mahomet (2), et ils invoquent, à l'appui de leur manière de voir, les versets 4, 5 et 37 du chapitre XXXIII du Coran, ainsi conçus :

Vers. 4 : « Dieu n'a pas donné deux cœurs à l'homme. Il n'a pas fait... que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants... »

Vers. 5 : « *Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères,* ce sera plus équitable devant Dieu. Si vous ne connaissez pas leurs pères, *qu'ils soient vos frères en religion et vos clients...* »

Vers. 37 : « Lorsque Zeid prit un parti, et résolut de répudier sa femme, nous l'unîmes à toi par le mariage, *afin que ce ne soit pas pour les Croyants un crime d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs, après leur répudiation...* » (3).

Toujours est-il que, si ces textes n'emportent pas condamnation formelle de l'adoption, ils en limitent singulièrement les effets et permettent d'affirmer que, sous l'empire de la législation coranique, l'adoption laisse l'adopté dans la famille où il est

(1) V. *sup.*, nos 10 et 11.

(2) V. Luciani, *op. cit.*, p. 97, nos 137 et suiv.

(3) Trad. Kazimirski.

né et n'est plus, pour l'adoptant, un moyen d'augmenter le nombre de ses *aceb* (1).

Quant aux serments de fraternité, l'efficacité en fut, tout d'abord, reconnue et sanctionnée par le Prophète, ainsi que cela résulte du verset 37 du chapitre IV du Coran, ainsi conçu : « Nous avons désigné à chacun les héritiers qui doivent recueillir la succession laissée par les père et mère, par les parents, et par ceux avec lesquels vous avez formé un pacte » (2). — Bien plus, observe M. Marçais, « on peut croire que Mahomet ne fit qu'imiter cette institution des *halifs*, en établissant, dans la première année de l'Hégire, des liens de fraternité fictive entre les *Ansars* (ses auxiliaires médinois) et les *Mohadjirs* (ses partisans mecquois qui l'avaient accompagné dans sa fuite à Médine) ; de cette fraternité naissait aussi un droit réciproque de succession, comme l'affirment les commentateurs du Coran (verset 73, soura VIII)... » (3). — Mais, l'on ne tarda pas à considérer comme abolies, par les versets de la soura *Ennisa*, ces vocations héréditaires réciproques ; c'est là, du moins, la manière de voir à laquelle se sont ralliés les docteurs des Écoles malékite, chaféite et hanbalite (4) ; et, de très bonne heure, les serments de fraternité cessèrent d'être en usage, au point que certains auteurs musulmans ont pu soutenir que l'islamisme n'avait jamais admis de successibilité basée sur la fraternité.

L'affranchissement, au contraire, comme à l'époque préislamique, continue à être pratiqué. Mahomet en recommande même l'usage (5). Et, comme à l'époque préislamique, une sorte de parenté s'établit entre l'ancien maître et l'affranchi, mais qui n'est point la véritable parenté. Le lien qui unit l'affranchi

---

(1) En fait, l'adoption s'est maintenue à l'état d'institution coutumière en un certain nombre de pays musulmans. — Cf. Doutté, *Les Haha ;* Bul. com. Afr. fr. ; *Renseig. col.*, 1905, p. 8 ; — Jaussen, *Coutumes des Arabes au pays de Moab*, p. 24 et suiv.

(2) Trad. Kazimirski.

(3) Marçais, *op. cit.*, p. 28 et 29.

(4) Marçais, *loc. cit.* ; — Luciani, *op. cit.*, p. 104.

(5) Coran, chap. XXIV, vers. 33.

au patron est simplement analogue à celui qui existe entre parents ; car le Prophète a défini lui-même le patronage : « Un lien *comme* le lien de parenté, qui ne peut être ni vendu, ni donné » (1).

En sorte que, sous l'empire de la législation coranique, il n'est de parenté véritable que celle qui dérive de la procréation. La famille islamique ne groupe plus, à proprement parler, que des individus nés les uns des autres, ou se rattachant à un auteur commun.

Encore faut-il que ces divers individus soient nés de relations licites, c'est-à-dire d'un mariage régulièrement contracté, ou de la fréquentation, par le maître, de ses femmes esclaves.

Le Coran autorise, en effet, le maître à entretenir des relations avec ses esclaves. « N'épousez, parmi les femmes qui vous plaisent, est-il dit au verset 3 du chapitre IV, que deux, trois ou quatre. Si vous craignez encore d'être injustes, n'en épousez qu'une seule ou *une esclave*... » (2). Et si des enfants viennent à naître de cette fréquentation, et si le maître les reconnaît pour siens, ils entrent dans la famille de ce dernier, et leur condition ne diffère en rien de celle des autres enfants que le maître a pu avoir de ses épouses légitimes (3).

Mais, en dehors du mariage, il n'est de relations licites possibles qu'avec les femmes esclaves. Heureux, a dit le Prophète, sont les Croyants «... qui vivent avec continence... (4) ; et qui n'ont de commerce qu'avec leurs femmes et les esclaves qu'ils ont acquises... (5) ; ceux-là seront, dans les jardins du paradis, l'objet des honneurs... (6). Et quiconque porte ses désirs au delà est transgresseur » (7). La fréquentation d'une femme libre est

---

(1) Luciani, *op. cit.*, p. 58, n° 89.

(2) Trad. Kazimirski.

(3) Van den Berg, *Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafi'ī*, p. 159, note 1 ; — de Nauphal, *Mariage*, p. 46 ; — Halil Ganem, *Les sultans ottomans*, t. II, p. 7.

(4) Coran, ch. LXX, vers. 29; *trad. Kazimirski.*

(5) Coran, ch. LXX, vers. 30.

(6) Coran, ch. LXX, vers. 35.

(7) Coran, ch. LXX, vers. 31.

interdite au Musulman, et si, de cette fréquentation, naissent des enfants, ceux-ci resteront à jamais en dehors de la famille de leur père. Une déclaration de paternité serait, à leur égard, inopérante ; non seulement elle ne saurait emporter, pour eux, assimilation aux enfants nés du mariage, mais elle ne peut même pas engendrer des effets de droit restreints, tels que ceux qui, en droit français, découlent de la reconnaissance d'enfant naturel. De cette déclaration, ne naît entre celui qui en est l'auteur et celui qui en est l'objet, aucun lien juridique. « L'enfant de la femme non mariée, dit El-Asnouni, n'a pas et ne peut pas avoir de père aux yeux de la loi » (1). Et El-Badjouri déclare que le père n'a jamais la faculté de légitimer l'enfant né de relations illicites (2).

Il est à remarquer, enfin, que la loi coranique n'autorise la fréquentation des femmes esclaves que comme un pis aller, semble-t-il, et pour le cas où le Croyant n'est pas en situation de doter une épouse ; « Si vous craignez encore d'être injustes, dispose, en effet, le verset 3 du chapitre IV du Coran, n'en épousez qu'une seule ou une eslave. Cette conduite vous aidera à ne pas être injustes... » L'on est, dès lors, autorisé à dire que, dans la pensée du Prophète, le mariage est véritablement la base de la famille ; c'est par le mariage que la famille se fonde, c'est par lui qu'elle s'accroît et se développe (3).

21. — D'autre part, à l'époque préislamique, la famille, ainsi qu'il a été dit précédemment (4), ne comprend, en fin de

(1) Luciani, *op. cit.*, p. 105, n° 141.

(2) *Eod. loc.*; V., en outre, Van den Berg, *op. cit.*, p. 159 ; — Alger, 28 janvier 1889 ; *Rev. Alg.*, 1890, 2, 413 ; — Oran, 5 juin 1902 ; *Rev. Alg.*, 1902, 2, 259.

(3) Aussi Mahomet a-t-il fait, du mariage, une obligation pour les Croyants ; Coran, ch. XXIV, vers. 32. — « Mariez-vous à l'envi, procréez continûment. Au jour du jugement dernier, mon éclat sera d'autant plus grand, au milieu des autres nations, que vous aurez eu plus de fécondité.... Jeunes gens, que ceux d'entre vous qui sont en bonne condition sexuelle, se marient ; rien, mieux que le mariage, n'impose la retenue aux regards, ne conserve la chasteté... Quiconque se marie acquiert la moitié de la foi, l'autre moitié repose sur la crainte de Dieu » (hadits cités par Kamal, *Respect aux droits de la femme dans l'islamisme*, p. 12 et 13). — Cf. El-Bokhari, *Les traditions islamiques*, trad. Houdas, t. III, p. 544 et 545.

(4) V. *sup.*, n° 10.

compte, que des mâles, parents par les mâles. La femme et la fille ne comptent pas dans la famille ; la femme, notamment, n'est qu'un élément du patrimoine du mari.

Or, avec l'islamisme, la condition de la femme, épouse ou fille, s'est singulièrement améliorée. Au point de vue strictement religieux, la femme devient l'égale de l'homme. « *Hommes ou femmes,* déclare Mahomet, ceux qui pratiqueront les bonnes œuvres, et qui seront en même temps croyants, entreront dans le paradis... (1). Dieu a promis aux Croyants, *hommes et femmes*, les jardins arrosés par des cours d'eau ; ils y demeureront éternellement... (2). Les jardins d'Éden, ils y entreront, ainsi que leurs pères, *leurs épouses* et leurs enfants, qui auront été justes. Là, ils recevront la visite des anges qui y entreront par toutes les portes » (3).

Et si, légalement, la femme reste soumise à son mari (4), l'on ne peut plus dorénavant la considérer comme un simple élément du patrimoine de ce dernier. « O Croyants, est-il dit au verset 23 du chapitre IV du Coran, il ne vous est pas permis de vous constituer héritiers de vos femmes contre leur gré » (5). — La femme acquiert une personnalité juridique : c'est à elle que doit être remise la dot promise par le mari (6). — Si le mari conserve le droit de rompre le mariage par la répudiation, sans avoir à prendre le consentement de la femme, ni à provoquer l'intervention du juge, la femme se voit autorisée à faire prononcer judiciairement, à l'encontre du mari, la dissolution de l'union conjugale (7). — Enfin, non seulement la femme ne passe plus aux héritiers du mari, avec les biens de celui-ci, mais, de plus, le Coran lui confère des droits dans la succession de son mari prédécédé (8).

---

(1) Coran, ch. IV, vers. 123; *trad. Kazimirski.*
(2) Coran, ch. IX, vers. 73.
(3) Coran, ch. XIII, vers. 23.
(4) Coran, ch. II, vers. 228.
(5) Marçais, *op. cit.*, p. 18. — Cf. El-Bokhari, *op. cit.*, trad. Houdas, t. III, p. 295.
(6) Coran, ch. IV, vers. 3; — Perron, *op. cit.*, p. 171.
(7) Coran, ch. II, vers. 227 ; — ch. IV, vers. 39, 127, 129.
(8) Ch. IV, vers. 14.

Des droits de successibilité sont également reconnus à la fille, à la sœur germaine ou consanguine (1) ; à la mère (2).

Le Prophète va, même, jusqu'à admettre, dans une certaine mesure, que la parenté peut s'établir par les femmes, puisqu'il consacre la vocation héréditaire de la grand'mère maternelle et des frères et sœurs utérins (3).

Sous l'influence de quelles causes ont été réalisées ces réformes ? — Le Prophète n'a-t-il fait que s'inspirer des usages reçus à la Mecque, ville de négoce, ouverte à l'influence des cultures étrangères, en contact avec des civilisations étrangères très avancées, et dont la coutume assurait, déjà, aux femmes une situation fort honorable (4) ? — Il est fort vraisemblable que les choses se sont ainsi passées ; mais ce qu'il importe, avant tout, de noter ici, ce sont les très sérieuses modifications apportées par l'islamisme à la situation légale de la femme dans la famille.

22. — Enfin, la législation coranique a apporté de sérieuses limitations aux pouvoirs du chef sur les divers membres de la famille. Tandis qu'à l'époque de la *Djahilyya*, le mari répudie sa femme comme bon lui semble,— et que le père a, sur ses enfants, droit de vie et de mort (5), le Prophète déclare que « la chose que Dieu hait le plus, quoique légale, c'est la répudiation, ... que Dieu n'a rien autorisé qui lui soit plus exécrable que la répudiation » (6) ; il subordonne la validité de cette répudiation à la réalisation d'un certain nombre de conditions (7), et proclame que les maris, « à l'égard de leurs femmes, doivent se conduire honnêtement » (8). Il retire même au mari le droit qui, jus-

---

(1) Coran, ch. IV, vers. 12 et 175.

(2) Coran, ch. IV, vers. 12.

(3) Luciani, *op. cit.*, p. 239, n° 312 ; Coran, ch. IV, vers. 15.

(4) Marçais, *op. cit.*, p. 35 et suiv.

(5) V. *sup.*, n°s 9 et 12.

(6) Hadits cités par Kamal, *op. cit.*, p. 78 et 79.

(7) V. dans Khalil, *Le mariage*, trad. Fagnan, p. 104, les conditions de validité de la répudiation sonnite.

(8) Coran, ch. II, vers. 228 ; *trad. Kazimirski.*

qu'alors, lui avait appartenu de mettre sa femme à mort, pour cause d'adultère (1).

Il cherche, en outre, à lutter contre le vieux préjugé, dont s'autorisaient les Arabes, pour supprimer les filles à leur naissance (2) ; il donne celles-ci comme un présent de Dieu ; Dieu, dit-il, « crée ce qu'il veut ; il accorde aux uns des filles, il donne aux autres des enfants mâles » (3). D'une manière générale, il dénie au père le droit de tuer ses enfants (4), et déclare que « les richesses et les enfants sont les ornements de la vie » (5).

23. — Telle est la mesure dans laquelle le triomphe de l'islamisme a influé sur la constitution de la famille arabe et la situation des divers individus qui la composent. Or, quelle que soit l'importance des réformes réalisées, à ce point de vue, par Mahomet, il n'apparaît pas, ainsi que cela résulte des constatations suivantes, qu'elles aient sérieusement bouleversé les principes fondamentaux de l'ancienne organisation familiale.

a). — Si le Prophète reconnaît une vocation héréditaire à des successibles qui ne se rattachent au défunt que par les femmes, il n'a point admis, pour cela, que la parenté pût s'établir par les femmes. La grand'mère maternelle, en effet, et les frères et sœurs utérins, sont les seuls parents par les femmes auxquels le Coran reconnaisse la qualité de successibles *ab intestat*. Leur vocation successorale « demeure essentiellement anormale ; c'est comme telle que les jurisconsultes musulmans, eux-mêmes, la considèrent » (6). — Il est à remarquer, d'autre part, que si ces parents par les femmes peuvent venir à la succession, c'est en qualité d'héritiers à *fardh* (7), et non pas comme *aceb*, c'est-

(1) Coran, ch. IV, vers. 19 et 30.

(2) Coran, ch. XVI, vers. 60 et 61.

(3) Coran, ch. XLII, vers. 48.

(4) Coran, ch. VI, vers. 141 et 152 ; ch. XVII, vers. 33.

(5) Coran, ch. XVIII, vers. 44.

(6) Marçais, *op. cit.*, p. 149.

(7) L'héritier à *fardh* est celui qui a droit à une part fixe dans la succession, qu'il prélève au détriment des héritiers *aceb* ou universels.

à-dire comme membres de l'*akila*, de la famille. — Quant aux autres parents par les femmes, ils ne sont même pas héritiers à *fardh* et sont dépourvus de toute vocation héréditaire. Le fils de la fille, par exemple, n'est point appelé à la succession de son grand-père maternel ; il ne compte, à aucun titre, dans la famille de ce dernier.

En sorte qu'il est vrai de dire qu'au premier siècle de l'Hégire, comme à l'époque préislamique, il n'est de parenté que par les mâles, et que la famille, telle que l'a conçue Mahomet, est, elle aussi, basée sur le patriarchat.

b). — Tandis qu'à l'époque préislamique, la famille ne comprend que des mâles, il est, par contre, sous l'empire de la législation coranique, des femmes, telles que la mère et la fille, qui y pénètrent et y acquièrent des droits. — Mais il est bon d'observer qu'il n'en est point ainsi de toutes les femmes se rattachant à la famille par les mâles, pouvant exciper d'une parenté masculine ; les nièces, les tantes, les cousines restent exclues de la famille et dépourvues de toute vocation successorale. — En outre, si l'islamisme consacre l'admission, au sein de la famille, de la femme et de la fille, des sœurs germaine et consanguine, celles-ci n'y possèdent pas une situation égale à celle des mâles, parents par les mâles ; elles ne sont point *aceb*, c'est-à-dire membres de l'*akila*. Elles succèdent, en vertu d'une vocation spéciale, comme héritières à *fardh*. Après le prélèvement des *fardh*, elles sont exclues du reliquat de la succession par l'*aceb* même le plus éloigné (1). — Et lorsqu'il arrive que la fille, par exemple, est élevée au rang d'*aceb* et admise à concourir avec le fils, celui-ci a droit à une part double de celle qui revient à sa sœur (2).

Si bien que la famille islamique ne comprend, elle aussi, à proprement parler, que des mâles.

c). — Le mariage, a-t-il été dit précédemment (3), est le

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 37.
(2) Coran, ch. IV, vers. 12.
(3) V. *sup.*, n° 20.

véritable fondement de la famille musulmane ; c'est par le mariage que cette famille se fonde ; c'est par lui qu'elle s'accroît et se développe. — Or, le mariage est resté, dans la législation coranique, ce qu'il était dans les coutumes de l'ancienne Arabie. C'est encore l'achat de la femme par le mari. Dans le Coran, en effet, l'idée de mariage et celle de dot sont constamment associées. « Il vous est permis, y est-il dit au verset 7 du chapitre v, d'épouser les filles honnêtes des Croyants et de ceux qui ont reçu les Écritures avant vous, *pourvu que vous leur donniez leur récompense...* » (1). Le mari doit doter sa femme ; il n'y a pas de mariage sans une dot, de même qu'il n'y a pas de vente sans un prix.

D'autre part, les droits que le mariage confère au mari sur son épouse, ce sont bien encore ceux du maître sur sa chose, ceux du propriétaire sur l'objet qu'il a acheté, puisque, dans une très large mesure, l'existence de ces droits s'explique par cette idée que le mari a déboursé une certaine somme pour se procurer une femme. Le Prophète a dit, en effet, au verset 38 du chapitre IV du Coran : « Les hommes sont supérieurs aux femmes, à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci, et *parce que les hommes emploient leurs biens pour doter les femmes* » (2).

Le mariage musulman est donc bien encore le mariage par achat (3).

d). — Si Mahomet a apporté de notables limitations aux pouvoirs du chef sur les divers membres de la famille, ces pouvoirs restent encore, cependant, très étendus.

Tout d'abord, la famille, loin de se disperser, reste groupée

---

(1) Trad. Kazimirski ; V., en outre, Coran, ch. IV, vers. 3, 28 et 29.

(2) Trad. Kazimirski.

(3) Quelques auteurs (Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, p. 54, n° 2 ; p. 93, n°s 68 et suiv. ; — Zeys, *Essai d'un traité méthodique de droit musulman*, fasc. I, p. 10 ; — Joly, *De l'esprit du droit familial dans l'islamisme*, p. 23) ont combattu cette manière de voir, et déclaré que le mariage coranique est *une association de personnes librement consentie*, mais sans fournir aucune preuve décisive à l'appui de leur affirmation. — V. *inf.*, n° 34.

sous l'autorité de son chef (1), et cette autorité reste, en fait et même en droit, considérable.

Si le mari n'a plus droit de vie et de mort sur sa femme, il conserve la faculté de la frapper, voire même de la soumettre à un emprisonnement perpétuel (2).

Et si le père ne peut plus se défaire de son enfant, cet enfant fût-il une fille, en le mettant à mort, il possède encore à son égard des pouvoirs exorbitants. C'est ainsi qu'il peut lui imposer le mariage ; il peut le marier, quel que soit son sexe, sans avoir à prendre son consentement, et quand bien même il serait en état d'impuberté. Car le Prophète a dit : « Mariez vos fils et vos filles quand ils sont encore jeunes » (3).

e). — Enfin, si, sous l'influence des réformes coraniques, l'organisation de la famille s'est quelque peu transformée, les innovations réalisées par Mahomet n'ont point été admises sans résistance par les premiers Musulmans, et dès le premier siècle de l'Hégire, on les voit s'efforcer de se soustraire à l'empire des règles nouvelles et d'en annihiler l'efficacité.

Le Prophète a amélioré la condition de l'épouse, il n'admet pas que le mari puisse s'en défaire, arbitrairement, comme il lui plaît, ainsi que de tout autre objet de son patrimoine, et il en a réglementé la répudiation. — Or, de très bonne heure, à côté de la répudiation sonnite, l'on voit s'introduire dans la législation musulmane « une répudiation plus facile et plus prompte ... » (4), qui ne diffère pas sensiblement de la répudiation des temps préislamiques.

D'autre part, avec l'islamisme, la femme n'est plus aussi complètement exclue de la famille qu'elle l'était précédemment. Or, « Mahomet, en constituant une réserve légale au profit des femmes, en les élevant au rang d'héritières *fardh*, en les appelant à la succession, inaugurait un droit nouveau qu'on n'osa

---

(1) V. *sup.*, nos 15 et 16.

(2) Coran, ch. IV, vers. 19 et 38.

(3) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. I, p. 39.

(4) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, p. 279, n° 329.

pas discuter, mais qu'on chercha bientôt à éluder en donnant au père de famille le moyen de faire sortir ses biens de son patrimoine, de son vivant, à un titre spécial, de façon à ce qu'ils ne fussent pas compris dans son hérédité. — Le Wakf Adi fut institué dans ce but » (1). — En d'autres termes, l'on s'efforça, par le moyen du *wakf* ou *habous*, de réaliser, à l'égard de la femme, comme au temps de la *Djahilyya*, son exclusion complète de la famille.

Il ne saurait, dès lors, des développements qui précèdent, se dégager d'autre conclusion que celle-ci : la famille a conservé dans la société islamique, politiquement et socialement, une importance très grande ; et, si l'on peut constater, dans la législation coranique, un effort pour lui donner une base moins artificielle, moins arbitraire, pour faire à la parenté naturelle une plus large place, cette famille est encore, cependant, au premier siècle de l'Hégire, l'*akila*, c'est-à-dire l'ensemble des mâles, parents par les mâles.

---

(1) Clavel, *Le Wakf ou Habous*, t. I, p. 28.

III

24. — Les progrès de l'islamisme ont été d'une rapidité surprenante. En moins d'un siècle, en effet, un grand empire s'est fondé, groupant sous l'autorité des khalifes, successeurs du Prophète, chefs politiques et religieux à la fois, les peuples les plus divers, — astreignant ceux-ci à l'observation d'une loi unique, la loi de l'Islam, — assurant, en un mot, l'unification politique et législative par l'unification religieuse.

Mais, de très bonne heure, le khalifat se transforme ; il se sécularise. Seuls, en effet, les quatre premiers khalifes « furent considérés par la postérité comme les khalifes par excellence, les successeurs guidés par Dieu, et la trentaine d'années qui fut remplie par leur khalifat comme l'âge d'or de l'Islam » (1). Mais, « après cette trentaine d'or, la communauté musulmane se sécularisa. Elle devint un empire dirigé par une famille qui, quoique étant de la tribu du Prophète, avait le plus longtemps résisté à la révélation, et qui, après s'être emparée du pouvoir, considérait cette autorité comme son patrimoine. Elle s'établit à Damas, une des grandes villes du pays nouvellement conquis. Ces souverains se nommaient *khalifes*, comme leurs prédécesseurs ; aussi bien qu'eux ils prétendaient être *imam* (chefs), *émir el-mouminin* (directeurs des Croyants). Mais l'opinion ne leur concédait ces titres que conditionnellement. Les représentants de l'Islam au sens religieux, augmentés des ambitieux qui profitaient de ces pieux prétextes, commencèrent à se révolter,

---

(1) Snouck-Hurgronje, *Quest. dipl. et col.*, 15 juillet 1901, p. 76 et 77. — « Les Musulmans des quatre grands rites orthodoxes donnent le nom de khalifat parfait au vicariat des quatre premiers khalifes, en s'appuyant sur cette parole du Prophète : *Après moi, le khalifat sera de trente ans. Après ce terme, il n'y aura que des puissances établies par la force, l'usurpation, la tyrannie* » (Rinn, *op. cit.*, p. 143, note 4). — « Après la mort (de Mahomet), les khalifes orthodoxes régnèrent durant trente ans sur l'Islam et sur les Musulmans... C'est avec Al-Hasan que se termina la dynastie des khalifes orthodoxes (qu'Allah soit satisfait d'eux tous !). Le khalifat devint ensuite une royauté de violence et de tyrannie, et le pouvoir passa aux Omayyades » (Makrizi, *Histoire d'Égypte*, trad. Blochet, p. 66).

et ce n'est qu'après quelques dures et sanglantes leçons qu'ils s'habituèrent à reconnaître les khalifes Omayyades comme rois de l'empire musulman, qu'ils se laissèrent contraindre à les appeler par les noms de khalife et d'émir des Croyants ; mais les Omayyades, de leur côté, se trouvaient obligés à laisser entre les mains des successeurs spirituels de la vieille garde une bonne partie de la direction des affaires religieuses. — Ainsi se faisait une séparation des pouvoirs qui d'abord avait été étrangère à l'Islam... » (1). — La situation ne fut pas changée par l'attribution du khalifat aux Abbassides, malgré que ceux-ci, non seulement appartinssent à la tribu du Prophète, mais fussent, en outre, de sa famille. « Leur domination reposait en première et en dernière instance sur la force du glaive et des influences politiques ; la direction des esprits ne leur appartenait pas » (2). La direction des affaires religieuses était passée aux *Oulama*.

Puis, il arrive un moment où cette puissance temporelle, elle-même, menace de leur échapper. Les vizirs se révoltent, et, pour maintenir leur despotisme, les khalifes font appel à des mercenaires qui, se sentant indispensables, ne tardent pas à parler haut et accentuent leurs exigences, si bien qu'un jour, le khalife El-Kaïm dut se mettre sous la protection du Turc seldjoukide Togrul-Beg, et lui déléguer la puissance temporelle sur tous les États de l'islamisme (3), revendiquant, pour lui, le gouvernement spirituel de l'Empire. Or, on vient de le voir, cette puissance spirituelle, les khalifes ne l'avaient plus ; le gouvernement spirituel de l'Empire était, en fait, exercé par les *Oulama*. Il n'en est pas moins vrai que ce dédoublement proclamé des pouvoirs du khalife, en sultanat et khalifat, ne fit que confirmer les Croyants dans cette idée que la puissance politique n'implique pas la puissance religieuse, et que le chef politique n'est pas nécessairement le chef religieux (4).

(1 et 2) Snouck-Hurgronje, *loc. cit.*, p. 77.

(3) Dugat, *Histoire des philosophes et des théologiens musulmans*, p. 169, 181 et 182 ; — Dozy, *Essai sur l'histoire de l'islamisme*, p. 382 et 408.

(4) C'est ainsi qu'à Constantinople, le sultan, même à l'époque où il n'est

D'autre part, dès le commencement du règne des Abbassides, l'on vit apparaître « un khalifat, opposé à celui de Bagdad, en Espagne ; bientôt, il y en eut d'autres, comme celui des Fatimides d'Égypte, s'appuyant sur une différence dogmatique, et, de plus en plus, les royaumes musulmans les plus éloignés se soucièrent peu d'entretenir des relations suivies avec la cour de Bagdad » (1). Puis, l'empire des Abbassides, lui-même, se fractionne, se divise en royaumes dont les chefs « nommés sultans, émirs, etc., se disputaient le pouvoir, se faisaient la guerre, s'ornant d'un diplôme du khalife lorsqu'ils pouvaient se le procurer sans grande difficulté, s'en passant si cela exigeait trop de sacrifices » (2). — Si bien, qu'en même temps qu'ils se familiarisaient avec l'idée de la séparation des pouvoirs temporel et spirituel, les adeptes de l'islamisme se pénétraient de cette autre idée que l'unité religieuse ne suppose pas, de toute nécessité,

---

point encore un souverain constitutionnel, n'est aucunement considéré comme « le Saint-Père de l'Église musulmane, le suprême pasteur des brebis du Prophète ». Le véritable chef religieux est le *Cheikh el-islam*, auquel le sultan demande la ratification des lois et règlements élaborés par son gouvernement, afin qu'il soit bien établi qu'ils n'ont rien de contraire à la loi religieuse (Snouck-Hurgronje, *loc. cit.*, p. 81 ; — Cahun, *Le monde islamique*, Histoire générale de Lavisse et Rambaud, t. XI, p. 531). — Il en est ainsi, même au Maroc, où, cependant, l'on ne conteste pas au prince régnant la qualité de descendant du Prophète. Des événements récents ont, en effet, montré que là, aussi, c'est aux *oulama* qu'appartiennent la puissance spirituelle et le droit de statuer souverainement sur les questions d'ordre religieux (Michaux-Bellaire, *Proclamation de la déchéance de Moulay Abd el-Aziz et de la reconnaissance de Moulay Abd el-Hafid par les oulèma de Fès ;* Rev. du monde musulman, t. V, p. 424). — Il semble, d'ailleurs, qu'au Maroc, la maison d'Ouazzan passe pour être de meilleure noblesse religieuse que la maison régnante, car « les sultans reconnaissent implicitement sa primauté, lorsqu'à leur avènement ils sollicitent, du chef de la famille, une bénédiction qui est comme la consécration de leur légitimité ; de même, à la guerre, ils se font toujours accompagner par un Chérif ouazzani » (René Pinon, *Les événements du Maroc*, Rev. des Deux-Mondes, 1er mars 1903, p. 155 et 156). — On lit également, dans Monteil, *De Saint-Louis à Tripoli*, à la page 166 : « Les pays qui sont terres d'Islam s'étendent de Dori au Tchad. L'Islam règne en maître aussi dans le Sahara. Dans ces dernières contrées, à côté du pouvoir temporel est le pouvoir religieux, qui le contre-balance. Alors même, ce qui arrive souvent, que le chef du pays est lettré musulman, auprès de lui se trouve toujours un personnage officiel revêtu spécialement des fonctions de grand-prêtre et de cadi. A lui ressortit l'interprétation du Coran en tant que code civil, politique et criminel. »

(1 et 2) Snouck-Hurgronje, *loc. cit.*, p. 77 et 78.

l'unité politique, — que si *les Croyants sont tous frères,* comme le dit le Coran, ils restent frères tout en appartenant à des groupements politiques différents, — et qu'un territoire ne cesse pas d'être terre d'Islam, uniquement parce qu'il est au pouvoir des infidèles (1).

25. — Or, la communauté musulmane avait, aux beaux temps du khalifat, groupé dans son sein les peuples les plus divers, des populations différant par la race, les traditions, les mœurs, les goûts, les besoins économiques. A un moment donné, ces peuplades s'étaient trouvées soumises à une loi unique, la loi coranique. La désagrégation de l'Empire des khalifes et la constitution, sur ses ruines, d'États indépendants allaient rendre à ces divers peuples leur liberté respective, et permettre à chacun, semble-t-il, de se développer et d'évoluer conformément à sa nature et à ses aspirations, — et l'on se

---

(1) Léon Roches, *Trente-deux ans à travers l'Islam*, p. 13, 49 et 131 ; Fetoua délivrée par les ulémas de Kairouan, approuvée par les ulémas du Caire et le Midjelès de Taïf ; — Depont et Coppolani, *Les Confréries religieuses musulmanes,* p. 34 et 35 ; Fetoua obtenue des muphtis de la Mecque, par M. Jules Cambon, à la suite du mouvement d'émigration en Syrie, qui s'était dessiné, en 1893, parmi les indigènes de l'Algérie.

C'est là, vraisemblablement, ce qui explique que les Musulmans n'aient point, à proprement parler, le sentiment des nationalités. Cela, les auteurs le constatent, et les Musulmans eux-mêmes le reconnaissent. « Le sentiment des nationalités n'existe pas chez les mahométans. A peine est-il sensible chez les Turcs et chez les Persans » (Mohammed ben Rahal, *Quest. dipl. et col.*, 1er novembre 1901, p. 545).

Toutefois, M. Vambéry constatait, il y a quelques années, que les Musulmans commencent « çà et là, un peu partout, à se tendre les bras pour une fraternisation plus intime », et que les nations mahométanes croient qu'il serait « pratiquement efficace de faire prendre conscience à tous les Musulmans de leur communauté d'intérêts » (*Quest. dipl. et col.*, 1er août 1901, p. 148). Le sultan de Constantinople aurait favorisé, à l'époque, ce mouvement panislamique, dans le but de restaurer le khalifat à son profit. — Sur les causes de ce mouvement, ses manifestations, son avenir, consulter l'enquête à laquelle a procédé M. Ed. Fazy, et les très intéressantes communications qui lui ont été adressées, dans les *Questions diplomatiques et coloniales*, nos des 15 mai 1901, p. 579 ; 15 juillet 1901, p. 73 ; 1er août 1901, p. 147 ; 1er octobre 1901, p. 385 ; 1er novembre 1901, p. 532. — Voir, en outre : Le Chatelier, *L'Islam au XIXe siècle ;* — Cahun, *Le monde islamique*, Histoire générale de Lavisse et Rambaud, t. XII ; — Binger, *Le péril de l'Islam*, Bul. du comité de l'Afrique française, sup., nos de février à juin 1906 ; — Le Congrès musulman universel ; *Rev. du monde musulman*, 1908, t. IV, p. 100 et suiv. ; p. 399 et suiv.

croirait en droit de penser que les institutions de ces différents peuples qui, au moment de leur union politique, se trouvaient être les mêmes pour tous, n'ont pas tardé, une fois le démembrement de l'Empire des khalifes réalisé, à présenter la plus grande diversité. L'on serait tenté d'affirmer, notamment, que le droit de famille a évolué, chez les peuples musulmans, et que l'évolution n'a pas été la même chez tous ; que la famille n'y est pas restée ce qu'elle était aux premières années de l'Hégire ; — que son rôle politique et son importance sociale se sont modifiés, de même que son organisation, sa constitution, — et ne se sont pas modifiés uniformément partout.

26. — Or, de l'examen des faits, il résulte que, dans la plupart des pays musulmans, le rôle politique de la famille est encore considérable, — et son importance, au point de vue social, très grande ; — et que, chez tous, la famille est restée, quant à son organisation et à sa constitution, ce qu'elle fut aux premiers temps de l'Islam.

27. — En *Turquie*, il est vrai, le rôle politique de la famille est nul. Les Turcs, doués d'un tempérament belliqueux, ont vécu, pendant des siècles, à l'état de guerre permanent, et cet état de guerre a déterminé, chez eux comme partout ailleurs, l'établissement d'une monarchie, dans laquelle tout est organisé en vue de la guerre, et seulement en vue de la guerre, dans laquelle le souverain vit comme au milieu d'un camp, dans laquelle l'État est assimilé à une tente (1), — c'est-à-dire d'une monarchie absolue, despotique, dont la constitution a été favorisée également, du reste, par le caractère soumis, discipliné des Turcs (2). Aussi, en Turquie, l'aristocratie de famille n'existe-t-elle pas. « On n'y peut même pas reconnaître les familles en tant que souches. Le nom patronymique y est inconnu, et c'est tout le bout du monde si le petit-fils connaît ou se rappelle son grand-père. Le fils d'un ministre n'hérite ni

(1) Halil Ganem, *Les sultans ottomans*, t. I, p. 139.
(2) *Eod. loc.*, t. I, p. 3 et 4.

du grade, ni du titre de son père ; il peut tout aussi bien être *caïqdji* (batelier) que portefaix ou ambassadeur... Les Turcs n'ont donc ni anciennes familles, ni aristocratie nobiliaire... La famille ancienne, telle que nous la comprenons, avec sa complète généalogie, ne se trouve que dans la famille impériale fondée par le célèbre Osman, premier sultan des Osmanlis » (1).

Il en est de même en *Égypte*, — où, depuis le XVIe siècle, s'est implantée la domination turque. L'organisation sociale des Musulmans de ce pays repose « sur le principe de l'égalité de tous les membres. Elle n'admet en droit, ni aristocratie, ni esclaves. Ce qui constitue une aristocratie, c'est la transmissibilité des immunités. En Égypte, comme en Turquie, elles sont essentiellement viagères » (2). — Et M. Pensa constate que « l'Égypte ne possède pas, à proprement parler, d'aristocratie : quelques familles jouissent d'une fortune ou d'une influence héréditaire, mais sans privilèges ni titres ; le rang de bey et de pacha est entièrement personnel. Il n'appartient qu'à ceux qui le reçoivent directement du Khédive... » (3).

28. — Mais, partout ailleurs, il en est autrement, et cela principalement dans les régions où la vie nomade s'est maintenue. — Les tribus nomades de l'*Arabie*, par exemple, n'ont pas une organisation politique différente de celle qu'elles possédaient à l'époque préislamique. « Les Bédouins, dit Niebuhr, les vrais Arabes, qui ont fait plus de cas de leur liberté que de l'aisance et des richesses, vivent en tribus séparées, sous des tentes, et gardent encore la même forme de gouvernement, les mêmes mœurs et les mêmes usages qu'avaient leurs ancêtres dès les temps les plus reculés... Un Schech gouverne sa famille et tous les domestiques de celle-ci... Chacun des petits Schechs porte la parole pour sa famille et il en est le chef et le conducteur. Le grand Schech est obligé par là de les regarder plus comme ses alliés que comme ses sujets, car si son gouvernement

(1) De Régla, *op. cit.*, p. 229.
(2) Gr. Encyclopédie, v° *Égypte*, p. 656, col. 1.
(3) Pensa, l'*Égypte et le Soudan égyptien*, p. 161.

leur déplaît, et qu'ils ne puissent pas le déposer, ils conduisent leurs bestiaux dans les possessions d'une autre tribu, qui, d'ordinaire, est charmée d'en fortifier son parti. Chaque petit Schech n'est pas moins intéressé à bien diriger la famille, qui, sans cela, le déposerait ou l'abandonnerait aussitôt » (1). — Létourneau observe, également, que « les siècles et même l'islamisme ont glissé sur les Bédouins nomades de l'Arabie, mais sans modifier leurs mœurs, ni même leur organisation sociale et politique » (2).

Les nomades de *Syrie* ou d'*Égypte* ne se sont pas transformés davantage. « En Égypte, en Syrie, comme dans l'Arabie même, dit Zaborowski, l'Arabe nomade a conservé tous les caractères de la race... Les Arabes nomades en Égypte, en Syrie, en Arabie, vivent encore en petites tribus, sous l'autorité patriarcale d'un des leurs, l'ancien ou cheikh » (3).

Les nomades d'*Algérie* font, de la part de Laugier de Tassy, l'objet de constatations identiques. « Les Mores de la campagne, rapporte-t-il, errent en familles ; mais ils sont si nombreux qu'ils forment des nations entières, ou des tribus comme les Arabes... Les chefs de tentes s'assemblent tous les soirs à cheval, et forment un cercle autour du cheikh de l'Adouar, comme lorsqu'un major donne l'ordre dans un camp ou dans une garnison. Dans cette assemblée, on discute toutes les affaires actuelles du village... » (4). — A une époque plus récente, Fromentin, parlant des déplacements des nomades du Sud algérien et de la tribu en marche, s'écrie : « Admirable spectacle qui renouvelle ici sous nos yeux, en plein âge moderne, à deux pas de l'Europe, les migrations d'Israël » (5). — Et, parmi ces tribus algériennes, comme chez celles de l'ancienne Arabie, il en est qui croient à la noblesse de leur origine, et revendiquaient pour ce motif, avant l'occupation française, le droit

(1) Niebuhr, *Description de l'Arabie*, t. II, p. 250 et suiv.
(2) Létourneau, *op. cit.*, p. 226.
(3) Gr. Encyclopédie, v° *Arabie*, p. 508 ; v° *Égypte*, p. 655.
(4) Laugier de Tassy, *Histoire d'Alger*, p. 60 et 68.
(5) Fromentin, *Un été dans le Sahara*, p. 57.

d'exercer sur les autres une véritable suprématie politique. Leurs ancêtres, à les en croire, auraient été parmi les premiers conquérants du Moghreb ; elles descendraient des Arabes de la première invasion (1). Elles constituaient une sorte de noblesse, d'aristocratie militaire, dont les membres portaient le nom de *djouad* (2). Et, parlant de ces derniers, Laugier de Tassy disait : « Ils sont si fiers de n'avoir mêlé leur sang avec celui des autres peuples, qu'ils s'estiment les plus illustres de toute l'Afrique » (3). — Certaines tribus se donnaient, même, une origine plus lointaine et plus illustre, et voyaient dans leurs chefs des descendants du prophète David (4). — Et ces prétentions nobiliaires n'avaient, également, d'autre but que de justifier des ambitions, de légitimer des prérogatives politiques. Comme à l'époque préislamique, comme au premier siècle de l'Hégire, on voyait, dans les fonctions publiques, des privilèges, en même temps que des charges de famille.

Enfin, pour ce qui est du *Maroc*, l'on constate qu'à l'heure actuelle, la famille y est encore la véritable unité des agglomérations de nomades. Ceux-ci, « pasteurs par excellence, vivent du produit de leurs troupeaux, sillonnent chaque année les parcours sur lesquels l'antiquité de leurs migrations leur a départi un droit d'usage... L'influence de la consanguinité a contribué à former une unité politique et administrative, la tribu, *arch*, dans laquelle les mesures communes sont discutées par l'assemblée, *djemâa*, des cheikhs. L'individu dans la tribu n'est rien, il appartient à la famille, à sa collectivité » (5). — Et parlant de cette organisation, M. Erckmann constate que, basée sur la famille, elle suffit aux membres de la tribu, et que ceux-ci ne sentent nullement la nécessité d'un pouvoir central (6).

---

(1) Trumelet, *L'Algérie légendaire*, p. 498, note 1.

(2) Villot, *Mœurs, coutumes et institutions des indigènes de l'Algérie*, p. 298.

(3) Laugier de Tassy, *op. cit.*, p. 77.

(4) Sidy Hamdan ben Othman Khodja, *Aperçu historique et statistique sur la régence d'Alger, intitulé en arabe « le Miroir »*, traduit par H. D.

(5) Frisch, *Le Maroc*, p. 158 et suiv.

(6) Erckmann, *Le Maroc moderne*, p. 114. — Cf. Doutté, *L'organisation domestique et sociale chez les H'ah'a ;* Bul. com. Afr. fr., *Rens. col. et docum.*, 1905, p. 1.

29. — Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement chez les nomades que la famille a conservé toute son importance politique ; celle-ci s'est, également, maintenue, bien qu'à un moindre degré, chez les Musulmans des villes.

Dans l'*Oman*, par exemple, Palgrave constate que le gouvernement du pays est une monarchie, non pas absolue comme dans la plupart des États de l'Orient, mais *limitée par l'action d'une puissante aristocratie* et par l'usage de certains droits populaires que les siècles ont sanctionnés ; ... que l'Oman est moins un royaume qu'une agrégation de municipalités. Chaque ville, chaque bourgade a son existence propre et un chef particulier... Le roi nomme ou dépose les gouverneurs locaux, *à la condition néanmoins de les choisir toujours dans la même famille* » (1). Si donc, politiquement, l'Oman est une agrégation de municipalités, — chaque municipalité y apparaît comme une agrégation de familles.

Et, c'est là un fait d'autant plus intéressant à signaler, que les habitants de l'Oman se rattachent à cette secte Kharidjite (2), dont les fondateurs étaient « des républicains, des démocrates » (3) ; ils pensaient que le mieux eût été de « n'avoir pas de souverain du tout » (4), mais que s'il en fallait un, il devait être choisi par tous, et, dans ce cas, « il était indifférent de savoir à quelle tribu ou à quelle classe de la société il appartenait ; ce pouvait être un Nabathéen ou un Koraïchite, un esclave ou un homme libre, pourvu seulement qu'il fût honnête et juste » (5) ; en sorte que, chez les adeptes de leurs doctrines, aucune distinction, aucun privilège politique, dérivant de l'origine, de l'ancienneté ou de la condition de la famille, n'aurait dû subsister.

L'on peut, d'ailleurs, observer la même contradiction entre les principes et les faits chez nos Abadhites du *Mzab*, qui appartiennent à la même secte que les habitants de l'Oman (6). Depuis

---

(1) Palgrave, *Une année de voyage dans l'Arabie centrale*, t. II, p. 323.
(2) Masqueray, *Chronique d'Abou Zakaria*, Introduction, p. XLVII et suiv.
(3, 4, 5) Dozy, *Essai sur l'histoire de l'islamisme*, p. 212 et 213.
(6) Masqueray, *loc. cit.*

la ruine de l'empire rostémide, depuis leur émigration à Ouargla, d'abord, puis dans la vallée de l'oued Mzab, ils n'ont plus d'*imam*. En 1882, lors de leur annexion à l'Algérie, les sept villes du Mzab formaient une confédération. Chacune d'elles était administrée par trois *djemâas* : la *halka* des *Azzaba*, — la *djemâa* des *Aouames*, — la *djemâa* des *Mekaris* (1). Ceux-ci n'étaient, à proprement parler, que des agents d'exécution, « chargés de la police générale, du maintien de l'ordre, de l'arrestation des malfaiteurs et gens de désordre » (2). — Quant à la *halka* des *Azzaba*, c'est-à-dire des clercs, elle eût dû, conformément à la doctrine abadhite pure, concentrer et exercer tous les pouvoirs (3). D'ailleurs, pour appartenir à la classe des *Azzaba* ou des clercs, il suffisait d'avoir donné des preuves de savoir et de piété ; tout le monde pouvait aspirer à y entrer, car on ne reconnaissait au Mzab, ni *cheurfa*, descendants du Prophète, ni familles maraboutiques auxquelles auraient été réservées, par privilège d'hérédité, les fonctions religieuses (4). — Mais, très vite, une lutte s'engagea entre l'élément religieux et l'élément laïque, entre la *halka* des *Azzaba* et la *djemâa* des *Aouames*, au cours de laquelle cette dernière vit son influence s'accroître peu à peu, si bien que les *Aouames* ou laïques réussirent à exproprier les clercs d'une partie de leurs pouvoirs et attributions, et à se faire associer à l'exercice de la souveraineté. — Or, la *djemâa* des *Aouames* se composait des représentants, en chaque ville, des différentes fractions ou familles constituant la population de cette ville. Les distinctions entre familles s'étaient, en effet, maintenues très nettes. M. de Motylinski observe, notamment, que les Mozabites, à l'heure actuelle encore, ne confondent pas les fractions qui ont pris part, à l'origine, à la fondation de leurs villes, et celles qui se sont jointes, par la suite, aux premiers habitants. A Ghardaïa, par exemple, chaque fraction fondatrice a un cimetière qui lui est particuliè-

(1) De Motylinski, *Guerara depuis sa fondation*, p. 23 et suiv.
(2) *Eod. loc.*, p. 33.
(3) Robin, *Le Mzab et son annexion à la France*, p. 29.
(4) *Eod. loc.*, p. 25.

rement réservé ; les autres ont un cimetière à part (1). Et chacune de ces fractions avait un délégué chargé de représenter ses intérêts dans l'assemblée des laïques (2). — Si bien que cette *djemâa* des *Aouames*, dont l'importance politique s'accroissait chaque jour, au Mzab, au détriment de la *halka* des clercs, nous apparaît, en somme, comme un groupement, un corps politique dont l'unité était la famille.

A *Ghadamès*, ville essentiellement commerçante, dit Duveyrier, « la force de l'habitude, comme celle de la nécessité, maintiendra l'administration de la ville aux mains des notables commerçants du pays » (3). Mais le même explorateur fait observer que si l'on y trouve « tous les corps de métiers qu'exige l'isolement de la ville, ... ces professions sont généralement exercées de père en fils dans la même famille » (4). — Il remarque, également, que la population de Ghadamès est constituée de quatre groupes distincts, que cette répartition est basée sur une différence d'origine, que chaque groupe occupe dans la ville un quartier distinct, que deux de ces groupes d'origine berbère, les Beni-Ouazit et les Beni-Oualid, se sont longtemps disputé le pouvoir, et qu'aujourd'hui encore, « quoiqu'en meilleure intelligence, ils évitent réciproquement de prendre demeure en dehors du quartier de leurs tribus » (5). — En sorte qu'à Ghadamès, le développement du commerce, l'accroissement de la richesse, la spécialisation des professions, n'avaient point eu, à l'époque à laquelle écrivait Duveyrier, pour résultat la désagrégation de la famille, non plus que la ruine de son influence politique. Et, les choses ne se sont guère modifiées depuis, car, en 1904, de Motylinski écrivait : « Les R'edamésiens ont sept tribus. D'après un usage qui remonte à leurs ancêtres, aucune des tribus ne pénètre dans une tribu autre que

---

(1) De Motylinski, *op. cit.*, p. 6, note 2.

(2) *Eod. loc.*, p. 6. — Masqueray, *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie*, p. 175 ; — Coyne, *Le Mzab*, p. 26.

(3) Duveyrier, *Les Touaregs du Nord*, p. 265.

(4) *Eod. loc.*, p. 260.

(5) *Eod. loc.*, p. 256.

la sienne ; il en est ainsi jusqu'à présent, sauf quand un homme vient à mourir. Les gens d'une tribu entrent alors dans la tribu du mort, pour assister aux funérailles. Quand le mort est enterré, chacun retourne à sa place. Quand les hommes sont entrés au marché, chacun reste à sa place. Si l'un d'eux a affaire dans une autre tribu, il y envoie son nègre. S'il a besoin d'une chose importante en dehors de chez lui, chez un négociant, il dépêche son nègre à ce dernier. On se rencontre alors en dehors de la ville. Quand les pourparlers sont terminés, chacun regagne sa place » (1).

De même, l'histoire de *Laghouat* est celle d'une lutte interminable entre les Hallafs et les Ouled-Serrin. Aujourd'hui encore, ces deux familles constituent deux fractions très distinctes de la population ; elles vivent dans des quartiers séparés, et leurs relations, pour nécessairement pacifiques qu'elles soient depuis l'occupation française, n'en sont pas moins restées extrêmement rares.

A *Alger*, enfin, à la veille de la conquête française, nous voyons les individus se grouper par quartiers, suivant leur origine, et bénéficier d'une administration séparée. Les étrangers à la ville, dit de Grammont, « étaient divisés par nationalités, et chaque groupe avait un chef ou amin, qui jouissait de certains droits justiciers ; il était responsable des actes de sa corporation » (2). — « Les Kabyles, Biskris, constate également Depont, formaient dans les villes, à Alger, notamment, autant de corporations distinctes qui obéissaient à des chefs investis du titre d'amin » (3). — Du temps des Turcs, nous apprend encore le commandant Coyne, il existait une responsabilité matérielle entre tous les Mozabites habitant le Tell ; ils avaient dans chaque ville une caisse dans laquelle tout individu des Beni-Mzab, faisant le commerce ou exerçant un métier quelconque, était tenu de verser annuellement une certaine somme, proportionnée à ses moyens : cette caisse de réserve

(1) De Motylinski, *Le dialecte berbère de R'edamès*, p. 56.
(2) De Grammont, *Histoire d'Alger sous la domination turque*, p. 230.
(3) Depont, *Congrès international de sociologie coloniale*, t. II, p. 85, note 1.

servait à payer les dettes de ceux qui quittaient le Tell sans avoir fait face à leurs engagements ; elle servait aussi à venir en aide à ceux qui se trouvaient dans la misère. — Une commission, composée de membres élus par la corporation des Beni-Mzab de la ville, et ayant l'amin pour président, avait la surveillance de cette caisse » (1).

De même, chaque profession avait un amin, et le chef de tous ces amins se nommait « le *Cheik-el-balad*, ou le gouverneur de la ville » (2). — Or, il est à remarquer que les professions étaient généralement héréditaires, si bien que les gens exerçant la même profession se trouvaient avoir, le plus souvent, une origine familiale commune ; presque toujours, d'ailleurs, ils vivaient groupés dans la même rue ou dans le même quartier (3). — Enfin, l'auteur du *Miroir* nous apprend qu'à Alger et dans les autres villes de la Régence, il existait, à côté du *Cheik-el-balad*, un second gouverneur, *choisi parmi les premières familles* et descendant d'un marabout ; ce personnage était investi du titre de *Nakib-el-Aschraf*, et devait, dans toutes les circonstances importantes, réunir chez lui le *Cheik-el-balad* et tous les amins qui dépendaient de lui, à l'effet de délibérer sur les résolutions à prendre (4). — Si bien que, dans l'administration municipale de ces villes de la Régence, il semble bien que le rôle de la famille était resté prépondérant.

***

30. — Ainsi la famille apparaît, encore, chez les Musulmans de l'époque moderne, comme l'un des rouages importants de l'organisation politique. — Mais, en est-il de même au point de vue social ? La famille est-elle demeurée, dans les pays

(1) *Le Mzab*, p. 35.

(2) *Le Miroir*, p. 77.

(3) A Blida, notamment ; V. Trumelet, *Blida*, t. II, p. 896.

(4) *Le Miroir*, p. 77.

musulmans, la véritable unité sociale, de même, qu'à nombre de points de vue, elle est restée l'unité politique ? — Ou bien, au contraire, l'individu a-t-il réussi à se dégager de la famille, et les relations individuelles se sont-elles substituées aux relations *interfamiliales ?*

Certes, l'importance sociale de la famille s'est, avec le temps, notablement amoindrie. Et, cependant, assez souvent encore, l'on voit, à l'occasion de rapports juridiques entre individus, que ces rapports soient nés de contrats ou d'actes délictueux, la famille intervenir pour revendiquer et exercer certains droits, et les jurisconsultes musulmans agréer et sanctionner cette intervention.

En cas de vente, par exemple, par un copropriétaire, de la part indivise lui appartenant dans un immeuble, les autres copropriétaires possèdent, à l'encontre de l'acquéreur, le droit de *chefa'at ;* ils peuvent évincer cet acquéreur, lui enlever le bénéfice de son acquisition, en lui remboursant le prix de celle-ci. « La *chefa'at*, dit, en effet, Ibn Arfa, est le droit de tout copropriétaire indivis de retirer des mains de l'acquéreur étranger, en le rendant indemne, la part qu'il a acquise d'un autre copropriétaire » (1). C'est le droit que certains commentateurs appellent : droit de retrait (2), — et d'autres : droit de préférence ou de préemption (3).

Cette institution, en apparence tout au moins, n'est pas spéciale à la loi musulmane : on en rencontre d'analogues en nombre de législations, dans la loi hébraïque, comme dans la loi romaine ou dans celle de notre ancienne France (4). Et, pour justifier les prescriptions, en la matière, de ces différentes

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, p. 277.

(2) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 279.

(3) Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, p. 401 ; — Nasralla, *De la préemption en droit égyptien ;* Thèse pour le Doctorat, Aix, 1897 ; — Marneur, *La Chefa (droit de rachat dans la loi musulmane),* Thèse pour le Doctorat, Paris, 1910.

(4) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 412, note 1 ; — Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 282, n° 764 ; — Zeys, *Droit musulman algérien*, t. II, p. 73, n° 492.

législations, on a coutume de dire qu'il faut y voir une survivance des règles du droit primitif sanctionnant les prérogatives de la communauté, à l'encontre de ses divers membres; ceux-ci n'avaient, à l'origine, sur les biens communs, qu'un droit de jouissance purement précaire; par l'exercice du retrait, la communauté ne faisait que reprendre ce qui lui appartenait, déjà, à celui au profit de qui un membre de la communauté s'était indûment dessaisi.

Nous n'avons pas à discuter la valeur de cette explication. Nous nous bornerons à faire observer qu'il ne nous semble pas qu'elle puisse être invoquée pour justifier l'existence de la *chefa'at* dans la législation musulmane.

C'est, qu'en effet, la *chefa'at* peut être pratiquée dans des hypothèses où il ne saurait être question de faire intervenir cette idée d'un droit appartenant à la communauté sur les biens communs, et primant ceux des divers communistes. Car, ce n'est pas seulement à l'encontre d'un acquéreur de droits indivis qu'il peut être exercé. « Avant le Prophète, dit Ibnou Rouchd, lorsqu'un individu avait acheté un enclos, ou une maison, ou une portion d'enclos ou de maison, le *voisin* ou le copropriétaire de l'immeuble se rendait auprès de l'acquéreur et le suppliait de lui céder son marché, afin d'éloigner le préjudice qui résultait pour lui de ce marché » (1). — Les Hanéfites se sont approprié, sur ce point, les dispositions du droit primitif (2), et, aujourd'hui encore, au cas de vente portant sur la pleine propriété d'un immeuble, ils autorisent le plus proche voisin à déposséder l'acquéreur en lui remboursant son prix d'acquisition. C'est ainsi que, lorsqu'en 1880, le général tunisien Khéreddine vendit à une compagnie française, la Société Marseillaise, son domaine de l'Enfida, un israélite protégé ou naturalisé anglais, Yousouf Lévy, se disant propriétaire d'une terre touchant l'Enfida, déclara vouloir exercer le droit de *chefa'at*

(1) Zeys, *op. cit.*, t. II, p. 73, n° 492.

(2) Zeys, *loc. cit.*; — Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 281, n° 763; — Ibrahim Halebi, M. d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. VI, p. 93; — *Medjellat*, art. 1008.

à l'encontre de la Société Marseillaise, et s'il en fut empêché, c'est uniquement parce que le vendeur, conformément à l'usage, s'était réservé une bande étroite de terrain faisant le tour de son domaine et soustrayant l'acquéreur à tout contact avec les voisins (1).

Ainsi l'exercice du droit de *chefa'at*, et cela, depuis une époque très reculée, n'implique pas nécessairement l'existence d'une indivision ; en sorte qu'alors même, qu'à l'origine, ce droit de *chefa'at* aurait été une manifestation du droit, sinon exclusif, tout au moins plus fort, qui aurait appartenu à la communauté sur les biens communs, on est dans l'obligation de reconnaître qu'il n'a pas été que cela, car, alors, on ne s'expliquerait pas que la *chefa'at* eût survécu si longtemps à l'établissement du régime de la propriété individuelle.

Mais, comment justifier l'existence et la persistance de cette institution ? L'explication la plus plausible nous paraît être celle-ci : La *chefa'at* n'est que la manifestation du droit qui appartient, à la communauté familiale, de se défendre contre l'intrusion d'étrangers que, cédant à l'appât du gain, certains de ses membres pourraient s'efforcer d'introduire dans son sein, — étrangers dont l'intrusion pourrait être la cause de troubles dans les relations de famille, ou par le fait de qui la responsabilité de la communauté familiale, à l'égard d'autres groupes sociaux, pourrait se trouver trop aisément, ou trop fréquemment engagée. — Dès l'instant, en effet, où l'acte de l'individu engage la communauté, il est juste que la communauté ait le droit de surveiller, de contrôler les actes de chacun de ses membres, et, le cas échéant, de les reviser et de les neutraliser.

Plus tard, il est vrai, le patrimoine familial se désagrège et la propriété individuelle apparaît. Mais, la famille ne cesse pas, pour cela, d'être la véritable unité sociale, parce que le pouvoir social n'est pas, encore, suffisamment fort pour assurer le respect de la propriété individuelle, et que ce n'est encore que dans sa famille, que l'individu lésé pourra trouver aide et pro-

---

(1) P. H. X., *La politique française en Tunisie*, p. 102 et suiv.

tection efficaces. Or, si, malgré que leurs droits soient distincts et leurs intérêts séparés, les divers membres de la famille continuent à se devoir aide et protection, il est tout naturel qu'ils continuent à avoir le droit de surveiller, de contrôler les relations de chacun d'eux avec des étrangers, et de s'opposer à ce que, par l'effet de ces relations, rien de définitif, et qui les engage, ne se puisse accomplir sans leur assentiment ou leur participation.

Et, comme les fonds qui se touchent ne sont vraisemblablement que les fragments épars d'un même patrimoine, que les propriétaires de ces fonds ont, vraisemblablement, une origine commune, et qu'à raison de cette communauté d'origine présumée, leur responsabilité peut se trouver engagée par l'acte de l'un quelconque d'entre eux, il est juste que l'un d'eux ne puisse pas contraindre les autres à subir le voisinage d'un étranger, par le fait de qui leur responsabilité pourrait être plus fréquemment et plus gravement engagée.

Et ce qui montre péremptoirement, à notre avis, que telle est bien la raison d'être de la *chefa'at*, c'est, notamment, ce fait que la *chefa'at* ne peut pas être exercée contre tout acquéreur étranger, quel qu'il soit ; elle ne peut l'être contre un donataire ou un légataire ; elle ne peut être pratiquée qu'à l'encontre d'un acquéreur à titre onéreux, parce que dans celui-là, mais dans celui-là seul, il est possible de voir un spéculateur, partant un individu suspect dont on peut, à bon droit, redouter le voisinage.

Si bien que la persistance de cette institution implique la survivance de cette idée qu'il n'est de véritables rapports juridiques que les rapports interfamiliaux, et que les droits que l'on tient d'une convention conclue avec un étranger ne sont assurés d'une sanction et n'ont une efficacité juridique complète, que par la participation à la convention ou la ratification du groupe social auquel appartient cet étranger.

31. — Enfin, s'il n'est plus vrai de dire que, d'une manière générale, les conflits entre individus mettent aux prises les familles auxquelles ils appartiennent, on ne saurait, non plus,

prétendre que ces familles soient toujours et nécessairement exclues du règlement de ces conflits, et qu'ici, encore, des rapports purement individuels se soient entièrement substitués aux rapports *interfamiliaux*.

En cas de meurtre ou d'homicide, par exemple, c'est aux proches parents de la victime, seulement, qu'il appartient de poursuivre l'application de la loi et de réclamer le prononcé d'une peine contre le coupable (1). Le juge ne pourrait, sans commettre un excès de pouvoir, agir d'office. — D'autre part, chez les Musulmans du rite malékite, lorsqu'une personne est accusée d'homicide ou de meurtre, que l'accusation n'a pu être prouvée, mais que de graves présomptions de culpabilité existent, on met en demeure les proches de la victime de compléter la preuve par leur serment. « Toute présomption grave d'homicide ou de meurtre, dit, en effet, Khalil, commis sur la personne d'un Musulman libre de l'un ou de l'autre sexe, donne lieu à compléter la preuve par le serment des cojurants, proches parents de la victime.... Le serment des cojurants consiste en cinquante serments péremptoires prononcés consécutivement » (2). — Et si les proches de la victime se refusent à cette prestation de serment, le serment est, alors, déféré, au cas d'homicide involontaire, à la tribu tout entière à laquelle appartient le coupable présumé; chacun des membres de cette tribu est mis en demeure d'affirmer, sous la foi du serment, l'innocence de celui qu'on croit être l'offenseur (3). Ce n'est point seulement l'auteur présumé du meurtre ou de l'homicide involontaire qui est mis en cause, mais sa tribu, son *akila* toute entière.

Si tous les membres de l'*akila* prêtent serment, l'*akila* se trouve exemptée de la *diah;* elle n'a point à payer le prix du sang. — Elle le doit, au contraire, dès l'instant où certains de ses membres se sont refusés à la prestation de serment (4).

---

(1) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. I, p. 38.
(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1853 et 1871.
(3) *Eod. loc.*, art. 1877.
(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1877.

D'ailleurs, au cas d'homicide, blessures ou coups involontaires, le prix du sang est mis à la charge de la tribu, dès l'instant où la preuve de la culpabilité a été faite autrement que par l'aveu du coupable. D'après Khalil, en effet, « la composition légale pour homicide, blessures ou coups involontaires, commis sur la personne d'un homme libre et autrement prouvés que par simple aveu, est *à la charge de l'offenseur et de sa tribu...* » (1).

Or, d'où vient que l'*akila* soit ainsi mise en cause, tant pour affirmer l'innocence de l'accusé que pour indemniser la victime du crime qu'on lui impute? — Est-ce à raison d'une présomption de culpabilité qui pèserait sur tous les membres de l'*akila?* — Pour ce motif que très certainement le coupable est l'un des membres de cette *akila*, et que ceux de ses membres qui n'ont point directement participé au crime ont, tout au moins, commis la faute de ne le point empêcher ou d'en dissimuler l'auteur? — Non, très certainement, car la responsabilité de l'*akila* reste engagée, alors même que le coupable est connu. « La composition légale, dit, en effet, Khalil, est à la charge de l'offenseur et de la tribu, par contribution entre eux... » (2). — « D'après Abou Hanifâh, dit également Châràni, le coupable est compris dans les membres de l'akilah, contribue avec eux et est tenu de payer ce que chacun d'eux est tenu de payer » (3).

Il est, même, des jurisconsultes musulmans qui admettent que le coupable n'a point à contribuer au paiement du prix du sang. « D'après Chaféi, si l'akilah a de quoi payer le diah, le coupable n'est tenu de rien payer ; si elle n'a pas de quoi satisfaire au diah, il est tenu de payer. — D'après Ahmed, le coupable n'est tenu de rien payer, que l'akilah soit ou non en mesure de satisfaire au diah » (4).

D'autre part, la répartition de la somme à payer se fait entre

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1834.
(2) *Eod. loc.*
(3) Châràni, *trad. Perron*, p. 464.
(4) *Eod. loc.*

tous les membres de l'*akila*, non point proportionnellement à la culpabilité possible ou présumée de chacun, mais proportionnellement à ses ressources (1).

Enfin, lorsque l'offenseur est inscrit sur les rôles de la milice, on astreint, en même temps que lui, au paiement de la composition, ceux qui sont inscrits sur le même rôle (2). Et, cependant, il est impossible de voir, dans le seul fait de figurer au même rôle que l'auteur d'un crime, une présomption de complicité avec ce dernier. — Ainsi que le fait observer M. Seignette, cette particularité de la loi musulmane ne peut s'expliquer que par cette idée, qu'à l'origine, « les soldats portés sur le même rôle de la milice nationale étaient nécessairement membres d'une même tribu et successibles les uns des autres, à différents degrés » (3).

Ainsi, dans les différentes hypothèses qui nous occupent, la mise en cause et la responsabilité de l'*akila* ne sauraient se justifier par l'idée d'une présomption de culpabilité ou de faute pesant indistinctement sur tous ses membres. Elles se comprennent, au contraire, très aisément, si l'on veut bien y voir, avec nous, une survivance des institutions d'une époque où il n'est point, à proprement parler, de relations individuelles, où les conflits nés entre individus mettent aux prises les familles auxquelles ils appartiennent, et doivent se régler entre celles-ci, où, au cas d'infraction, la victime ne peut compter que sur l'assistance de ses contribules, pour obtenir la punition du coupable, et où celui-ci, pour se soustraire à la répression, est toujours assuré de la protection de sa tribu (4).

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1839.

(2) *Eod. loc.*, art. 1836; Châràni, *trad. Perron*, p. 465.

(3) Seignette, *trad. Khalil*, p. 722. — Au Maroc, aujourd'hui, encore, le *tabor*, comparable, suivant son importance, au bataillon ou au régiment, ne comprend que des hommes d'une même tribu, si bien que, dans l'armée du sultan, chaque tribu du pays Makhzen « possède un tabor portant son nom et composé d'*askar* désignés, pour le service, parmi les contribules » (Aubin, *Le Maroc d'aujourd'hui*, p. 250 et 251). — Cf. Leclerc, *L'armée marocaine;* Bul. Soc. géog. d'Alger, 1904, p. 778.

(4) Il est à remarquer, d'ailleurs, qu'aujourd'hui, encore, les juristes musulmans ne justifient pas autrement le principe de la responsabilité collective :

*
* *

32. — Quant à l'organisation de la famille, elle est exactement, à l'heure actuelle, chez tous les peuples musulmans, ce qu'elle était chez les Arabes du premier siècle de l'Hégire.

A certains égards, cependant, il semble que des efforts aient été faits pour modifier cette organisation. Le Prophète, on l'a vu plus haut, a élargi quelque peu le cercle de la famille, en y admettant, — tout en les y maintenant dans une situation particulière, — des femmes et des parents par les femmes. Or, les Hanéfites sont allés plus loin dans cette voie; ils ont reconnu une vocation héréditaire aux *dhouou alarham,* aux gens de matrice, aux parents par les femmes. Ils s'y sont crus autorisés par un hadits ainsi conçu : « L'oncle maternel est héritier de celui qui n'a pas d'héritier », et par le verset 76 du chapitre VIII du Coran, dans lequel il est dit que : « Ceux qui sont unis par les liens du sang sont les plus proches les uns des autres » (1).

Mais les Malékites n'ont point accepté cette manière de voir. « L'avis général, disait Malek, incontesté des docteurs dans notre pays, est que le fils du frère utérin, le grand-père maternel, l'oncle frère utérin du père, l'oncle maternel, la bisaïeule mère du grand-père maternel, la fille du frère germain, les tantes paternelle et maternelle, n'ont aucun droit de succession, en raison de leur parenté. Toutes les femmes plus éloignées que celles précitées sont frappées de la même exclusion. Aucune femme ne doit hériter en dehors de celles qui sont désignées.

« Comme je l'ai constaté chez les tribus de ce temps et chez d'autres également connues par leur conduite, par l'appui et la protection effective qu'elles accordent au coupable, plus celle qu'elles lui donnent par leur influence, il n'est pas douteux que, *même celles qui n'ont pas commis des actes répréhensibles*, sont condamnables *au lieu et place des coupables*, même s'il n'est pas établi qu'elles aient été cause des actes commis : en effet, elles ont au moins protégé celui qui a commis l'acte, par leur influence » (fetoua du faqih Sidi Ali Et-Tsouli ; *Arch. marocaines,* t. XI, p. 406).

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 78.

Or, le Livre saint ne parle que de la mère, des filles, de l'épouse et des sœurs germaines, consanguines et utérines ; quant à la grand'mère, le Prophète a prononcé qu'elle avait droit à un *fardh* » (1). Malek contestait, en effet, l'authenticité du hadits invoqué par les Hanéfites, et déclarait que ni le Coran, ni la Sonnah ne mentionnaient ces gens de matrice « au nombre des héritiers, et qu'il ne fallait pas ajouter aux prescriptions de Dieu ou à celles du Prophète » (2).

Quant à Chaféy, il se refuse, comme Malek, à admettre la vocation successorale des gens de matrice ; et, si ses disciples ne l'ont pas suivi sur ce point, ils n'ont admis, toutefois, les *dhouou alarham* à succéder qu'autant qu'il s'agirait, pour ceux-ci, d'exclure le *Beit-el-mal*, et seulement dans le cas où le *Beit-el-mal* serait mal administré (3).

Enfin, si les Hanbalites se sont, en cette matière, ralliés à la doctrine hanéfite, il est à remarquer que, comme les Hanéfites, d'ailleurs, ils n'admettent les gens de matrice à succéder qu'à la dernière extrémité, pour ainsi dire, à défaut d'héritiers *aceb* ou *fardh* et alors que la succession devrait être recueillie par le *Beit-el-mal* (4).

En sorte que les jurisconsultes musulmans, même les plus favorables à la parenté par les femmes, n'attachent point à cette parenté la même importance qu'à la parenté par les mâles, et maintiennent aux mâles, parents par les mâles, leur situation privilégiée. — Il est donc vrai de dire, qu'à l'heure actuelle, encore, la véritable famille musulmane c'est toujours l'*akila*, c'est-à-dire l'ensemble des mâles, parents par les mâles.

33. — On peut le dire d'autant mieux que, dans tous les pays musulmans, l'on s'est ingénié à diminuer l'importance des réformes réalisées par le Prophète au profit de certaines femmes, et ayant pour objet de modifier et d'améliorer la situation de

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 77.
(2) *Eod. loc.*, p. 78.
(3) *Eod. loc.*, p. 78.
(4) *Eod. loc.*, p. 77.

celles-ci dans la famille. Des efforts ont été faits dans ce but, on l'a vu plus haut (1), dès le premier siècle de l'Hégire ; et ils ont été couronnés de succès.

Le Prophète avait voulu rehausser la condition de l'épouse, faire en sorte que l'on cessât de voir en elle un élément du patrimoine, dont le mari pouvait disposer comme bon lui semblait, comme de tout autre élément de sa fortune, et dont il était libre de se défaire, dès l'instant où il avait cessé de lui plaire. Il avait cherché à faire en sorte que le mari ne pût, sans motif sérieux, répudier sa femme. — Son but n'a pas été atteint, car, à côté de la répudiation dite sonnite, s'introduisit une répudiation coutumière « plus facile et plus prompte » (2), qui laissa au mari, dès qu'il lui en prenait fantaisie, toute commodité pour rompre le mariage.

D'autre part, le Prophète, tout en attribuant aux mâles une part double, aurait voulu, semble-t-il, que les filles fussent admises à succéder en même temps et dans les mêmes conditions que les fils. — Or, dans l'hypothèse d'une succession laissée par un affranchi sans parents successibles et au cas de prédécès du patron, il a été décidé que, seuls et à l'exclusion des filles, les fils du patron pourraient prétendre à cette succession (3).

L'on s'est même efforcé, ainsi qu'il a été dit plus haut (4), d'écarter les femmes de toute succession et de leur enlever toute vocation héréditaire, et grâce à l'institution du *hobous*, ces tentatives ont pleinement réussi. — Ne pouvant exhéréder directement et ostensiblement ses filles au profit de ses fils, le musulman hobouse ses biens au profit d'une fondation pieuse, en stipulant, qu'avant de parvenir à cette dernière, l'usufruit de ses biens appartiendra à ses enfants mâles, puis aux descendants mâles de ces derniers par les mâles. Cette pratique fut tout d'abord condamnée par les quatre écoles orthodoxes. Mais les

(1) V. *sup.*, n° 23.
(2) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, p. 278, n° 329.
(3) Luciani, *op. cit.*, p. 65, n° 100.
(4) V. *sup.*, n° 23.

jurisconsultes du rite hanéfite finirent par l'autoriser (1). Et, dès lors, qu'est-il arrivé? — C'est que les jurisconsultes de l'École malékite, par exemple, eurent beau protester, déclarer, comme Khalil, que « la fondation est nulle si elle est faite au profit des fils du fondateur, à l'exclusion de ses filles » (2), — toutes les constitutions de hobous furent placées, par les fondateurs, sous l'empire des règles du rite hanéfite. — Malgré qu'à une certaine époque, en effet, on ait contesté au Musulman appartenant à un rite déterminé, la faculté de changer de rite (3), il semble bien que, d'assez bonne heure, cette liberté lui ait été laissée, à l'occasion d'un acte déterminé, tout au moins (4). Toujours est-il, qu'en fait, en Algérie, par exemple, tous les hobous sont constitués suivant le rite hanéfite ; et le choix de ce rite est déterminé, presque toujours, uniquement par cette considération qu'il fournit au constituant un moyen d'exhéréder ses filles et les filles de ses fils. Le hobous n'a d'autre but, le plus souvent, en somme, que de modifier l'ordre légal des successions, et de réaliser, en matière successorale, cette exclusion des femmes qu'avait consacrée la coutume préislamique (5).

34. — C'est, qu'en effet, quoi qu'on en ait pu dire, les idées ne se sont guère modifiées. Le Musulman voit toujours, dans le mariage, l'acte par lequel il achète une femme. « Le don nuptial, dit Khalil, est l'analogue d'un prix de vente » (6) ; — « quant à la dot, déclare également Mohammed Elbachir Ettouati, les conditions sont les mêmes que pour le prix de vente » (7). —

---

(1) V. Clavel, *Le Wakf ou Habous*, t. I, p. 27 et suiv. ; — Mercier, *Le code du Hobous*, p. 25 et suiv.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1240.

(3) Dugat, *op. cit.*, p. 342, note 1.

(4) Alger, 3 juin 1897, *J. Robe*, 1897, p. 241 ; 22 octobre 1901, *Rev. Alg.*, 1901, 2, 488; — Châràni, *op. cit.*, p. 61 et suiv.

(5) C'est pour ce motif que la jurisprudence place la constitution de hobous dans le statut successoral; Alger, 29 juin 1897, *Rev. Alg.*, 1898, 2, 8; Cass., 20 nov. 1900, *Rev. Alg.*, 1901, 2, 1 ; 12 juin 1903, *Rev. Alg.*, 1905, 2, 33 ; Alger, 4 juillet 1904, *Rev. Alg.*, 1905, 2, 53.

(6) Trad. Perron, t. II, p. 427.

(7) Trad. Abribat, p. 17.

Et si les filles ne sont plus mises à mort, lors de leur naissance, — la naissance d'une fille, sauf en Turquie (1), peut-être, est toujours considérée comme un malheur (2). Le Musulman ne parle que de ses fils ; si on l'interroge sur le nombre de ses enfants, il n'indiquera que celui de ses fils (3). Et c'est là ce qui, dans une très large mesure, explique les difficultés des recensements en pays musulman, en Algérie, notamment, — les chefs de famille ne comptant jamais que les mâles, dans les dénombrements qu'ils fournissent à l'autorité administrative.

35. — Enfin, si, dans le monde musulman, les idées touchant la constitution de la famille sont restées les mêmes, — la façon de concevoir la vie de la famille et d'envisager les rapports respectifs de ses divers membres, ne s'est pas davantage transformée.

La famille ne s'est pas dispersée ; même chez les citadins, elle forme un groupe compact (4). — D'autre part, pasteurs ou cultivateurs, nomades ou sédentaires, vivent, le plus souvent, dans l'indivision. Les Arabes du Haouran, déclare M. Le Bon, « sont groupés par communautés composées de plusieurs générations de parents, sous l'autorité patriarcale d'un chef de famille. C'est là l'organisation primitive de la tribu... La propriété du sol est commune à tous les habitants du village » (5). — Et, à l'autre extrémité du monde musulman, M. Lescure observe, qu'en Tunisie, « la propriété melk est, chez les indigènes, l'objet d'une fréquente indivision » (6) ; — tandis que M. Pouyanne constate que, chez les indigènes algériens de race

---

(1) Halil Ganem, *op. cit.*, t. II, p. 5.

(2) Le Bon, *La civilisation des Arabes*, p. 361 ; — V. cependant, en sens contraire, Villot, *Mœurs, coutumes et institutions des indigènes de l'Algérie*, p. 39, note 1.

(3) « Le père n'a aucun sujet de se glorifier de ses filles. S'il faut en croire quelques nomades, à peine ces dernières entrent-elles en ligne de compte dans la constitution de l'*ahel* » (P. Jaussen, *Coutumes des Arabes au pays de Moab*, p. 11).

(4) V. *sup.*, nos 28 et suiv.

(5) Le Bon, *op. cit.*, p. 360.

(6) Lescure, *Du double régime foncier de la Tunisie*, p. 15.

arabe, ou de race kabyle plus ou moins mélangée de sang arabe, la pratique de l'indivision est assez générale. « Les melks, ajoute l'auteur, sont possédés indivisément par un nombre très variable d'individus, qui ne dépasse pas généralement vingt, mais qui peut aller, dans certains cas, très rares en vérité, jusqu'à trois cents ou quatre cents » (1).

Quant au père, il a conservé, tant sur la personne que sur les biens de ses enfants, des pouvoirs extrêmement étendus. — *Sur les biens,* car il en dispose plus librement que ne pourrait le faire tout autre tuteur ; le père, dit, en effet, Khalil, « est le tuteur de ses enfants mineurs ou interdits ; il a le droit absolu de vendre leurs biens, même sans donner aucun motif de l'aliénation » (2) ; — et, ce pouvoir, le père le conserve tant qu'il lui plaît, puisque la minorité de l'enfant ne cesse que par l'émancipation et que le père est, en principe, seul juge de la question de savoir si, et à quel moment, l'émancipation peut avoir lieu (3). — *Sur la personne,* car le père possède toujours le droit de *djebr,* le droit de contraindre ses enfants au mariage (4) ; et, d'autre part, il n'a pas cessé de se considérer comme un juge domestique investi du droit de prononcer des peines, possédant même, comme à l'époque préislamique, vis-à-vis de ses enfants, droit de vie et de mort. Assez fréquemment, en Algérie, des poursuites ont été exercées contre des indigènes qui avaient mis à mort leurs enfants pour cause d'offenses graves, ou à raison d'actes portant atteinte à l'honneur de la famille ; — et chaque fois, les magistrats français ont constaté l'étonnement que provoquait, chez ces justiciers, notre intervention ; là, en effet, où nous voyons un abus intolérable des droits du père, ils ne voyaient que l'exercice normal et traditionnel de la puissance paternelle.

36. — Mais, en dépit de la communauté d'existence et d'in-

---

(1) Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, p. 235.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 505.

(3) V. notre étude sur l'*Interdiction en droit musulman*, nos 31 et suiv.

(4) Khalil, *trad. Perron*, t. II, p. 326.

térêts, malgré l'esprit d'étroite solidarité qui maintient unis tous les membres de la famille pour la défense des intérêts de chacun, les divers membres de la famille n'en possèdent pas moins, dans leurs rapports respectifs, une très grande indépendance qui ne laisse pas de nous surprendre, nous autres Occidentaux, et dont, déjà, nous avons constaté l'existence chez les Arabes de l'époque préislamique.

C'est ainsi que l'individu n'est point enchaîné à la famille (1); il est libre de s'en séparer, comme bon lui semble, et de réclamer la part qui lui revient dans les biens possédés en commun. « Tout copropriétaire, dit Khalil, peut exiger le partage, si chacun peut être pourvu d'un lot utile. — Tout copropriétaire peut exiger la vente par licitation d'un bien dont il ne pourrait vendre sa part isolément sans dépréciation » (2).

De même, il n'est que les très proches parents qui se doivent des aliments. Chez les Malékites, par exemple, les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de leurs enfants ; — de même, les enfants doivent fournir des aliments à leurs père et mère dans le besoin, et aux serviteurs de ces derniers. — Mais ce sont là les seules personnes sur lesquelles pèse la dette alimentaire ; le petit-fils ne peut pas réclamer d'aliments à son aïeul, de même qu'il n'a pas à lui en fournir (3).

Enfin, l'héritier ne répond du paiement des dettes grevant la succession qu'il recueille, que jusqu'à concurrence de l'actif de cette succession ; et, même dans cette limite, il n'est point personnellement responsable du paiement de ces dettes ; il n'est passible de poursuites que sur les biens héréditaires (4). Il n'est qu'un simple successeur aux biens ; la loi musulmane n'admet point cette fiction de la continuation, par l'héritier, de

---

(1) Villot, *op. cit.*, p. 255.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 955 et 956.

(3) Khalil, *trad. Perron*, t. III, p. 153 et suiv. ; — Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, p. 206 et suiv. — Chez les Hanéfites, toutefois, le nombre de ceux sur qui pèse la dette alimentaire est un peu plus élevé ; V. art. 415 du C. st. pers. égyptien.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 961 et suiv. ; — Alger, 11 avril 1900 ; *J. Robe*, 1900, p. 172.

la personne du défunt, que l'on rencontre, cependant, consacrée par la législation de presque tous les peuples chez lesquels la famille se trouve fortement constituée, et qui maintient, entre les divers membres de celle-ci, une étroite solidarité.

En cela, la loi musulmane a conservé, selon toute vraisemblance, l'empreinte de cet esprit éminemment personnel et individualiste, dont les législations d'origine sémitique portent la marque (1).

---

(1) V. *sup.*, n° 12.

IV

37. — Ainsi, chez les Musulmans, le droit de famille n'a, pour ainsi dire, pas évolué; il est resté à peu près stationnaire.

Or, d'où cela vient-il? — Comment expliquer qu'en pays musulman, les institutions familiales ne se soient pas, comme partout ailleurs, transformées? — Serait-ce, par exemple, parce que « jusqu'au XIXe siècle, le monde musulman et le monde chrétien ont eu peu de rapports... et qu'en luttes continuelles sur leurs frontières, ils sont restés étrangers l'un à l'autre? » (1). — Non, car si l'évolution d'un peuple est très certainement influencée par les relations qu'il entretient avec ceux qui l'entourent, ce facteur de l'évolution, que l'on appelle, quelquefois, le *facteur périanthropique* (2), n'est pas le seul facteur de l'évolution sociale, — en sorte que son absence constatée ne suffit pas, à elle seule, à expliquer l'absence d'évolution.

38. — Serait-ce, alors, parce que les institutions musulmanes sont fondées sur les prescriptions du Coran, et que le Coran « étant un ensemble de lois religieuses, politiques et civiles intimement liées, la fixité des unes a entraîné l'immuabilité des autres? » (3). — Il nous semble que l'on attribue à cette idée de l'immuabilité de la loi musulmane dérivant de son caractère religieux, une importance singulièrement exagérée.

Certes, les *Ouçoulioun* (4) reconnaissent bien qu'il est, dans la loi musulmane, des dispositions « immuables jusqu'à la consommation des siècles, puisque, seul, un Prophète nouveau pourrait y porter atteinte, et que, de nouveau Prophète, il n'en

---

(1) Le Chatelier, *op. cit.*, Avant-propos, p. I.

(2) De la Grasserie, Mémoire présenté à la Société de sociologie de Paris (séance du 9 avril 1902), *Rev. int. de sociologie*, mai 1902, p. 375.

(3) Le Bon, *op. cit.*, p. 355 et 356; — Joly, *op. cit.*, p. 28.

(4) Les *Ouçoulioun* sont ceux qui étudient la science des racines, c'est-à-dire la science faisant connaître la méthode suivant laquelle le droit s'élabore, formulant les principes directeurs de ce droit.

faut point espérer » (1). Mais ils ne tiennent pour telles, que celles de ces dispositions qui ont le caractère d'*énonciations qualificatives*. — Et ils ne rangent dans la catégorie des *énonciations qualificatives* que les dispositions de la loi musulmane qui ordonnent, recommandent ou permettent, défendent ou dénoncent comme à éviter, qui ont, pour employer la langue du droit moderne, un caractère impératif, — et qui, de plus, peuvent être considérées comme la manifestation de la pensée divine (2).

Il est à remarquer, d'ailleurs, que ces *énonciations qualificatives* ne sont obligatoires que si elles peuvent être tenues pour certaines (3). Or, il n'y a de certitude « qu'en ce qui est divin, et humainement qu'en ce qui est évident » (4). D'où deux sortes de certitudes, la *certitude d'origine divine* ou *de solidité* et la *certitude d'évidence* (5).

La *certitude d'origine divine* ou *de solidité* n'appartient qu'aux *énonciations qualificatives* qui figurent dans l'Écriture, ou qui, relatées dans le Recueil des paroles du Prophète, ont été transmises par commune renommée (6). Mais celles de ces énonciations qui n'ont pas été transmises par commune renommée, qui sont de *transmission individuelle*, n'emportent pas la certitude de solidité (7).

D'autre part, les énonciations formulées dans l'Écriture ou transmises par commune renommée et mentionnées dans le Recueil des paroles du Prophète, ne présentent pas toutes une parfaite clarté. S'il en est dont la signification est évidente, il en est d'autres dont l'interprétation est moins facile, soit qu'il y ait doute sur le sens à donner à un mot déterminé, soit que des difficultés puissent s'élever sur la signification ou la portée de l'énonciation tout entière. De même, certaines énonciations peuvent se trouver en contradiction avec d'autres, de catégorie

---

(1) Ostrorog, *op. cit.*, Introduction générale, p. 39.
(2) *Eod. loc.*, p. 9 et 11.
(3, 4, 5) *Eod. loc.*, p. 12.
(6) *Eod. loc.*, p. 13.
(7) *Eod. loc.*, p. 14.

égale (1). — Aussi, les *Ouçoulioun* ont-ils été amenés à répartir les énonciations, suivant leur degré d'évidence, en un certain nombre de catégories. D'après eux, « l'énonciation considérée dans son entier comporte huit catégories, quatre catégories d'évidence et quatre catégories d'obscurité » (2). — Et les énonciations rentrant dans l'une des quatre catégories d'évidence sont :

L'énonciation *évidente ;* et elle est telle quand les termes seuls qui la composent suffisent pour manifester le sens (3).

L'énonciation *formelle ;* c'est celle à l'évidence du sens de laquelle vient se joindre l'évidence de l'intention dans laquelle elle a été formulée (4).

L'énonciation *précisée ;* elle est ainsi qualifiée quand, aux degrés d'évidence qui précèdent, vient s'adjoindre ce caractère, que l'énonciation se trouve extrinsèquement précisée, de manière à ne plus laisser la place, soit à l'interprétation, soit à la limitation de la compréhension de termes généraux, par l'effet de l'occurrence d'une énonciation de sens soit contradictoire, soit limitatif (5).

L'énonciation *catégorique*, qui est celle de nature à écarter, non seulement l'hypothèse d'une modification quelconque, par voie de limitation ou occasion d'interprétation, mais aussi celle de l'abrogation (6).

Or, seules, les énonciations rentrant dans l'une de ces quatre catégories emportent la certitude d'évidence. — Encore est-il bon d'observer que les énonciations des trois premières catégories n'emportent cette certitude que jusqu'à preuve du contraire, « c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il soit démontré qu'il ressort, du contenu d'énonciations de catégories égales, qu'elles se trouvent sujettes à limitation, interprétation ou abroga-

(1) Ostrorog, *op. cit.*, Introduction générale, p. 21.

(2) *Eod. loc.*, p. 20.

(3 et 4) *Eod. loc.*, p. 20 et 21.

(5) *Eod. loc.*, p. 22.

(6) *Eod. loc.*, p. 22 et 23.

tion » (1) ; — et que la certitude d'évidence ne s'attache, d'une manière absolue, qu'à l'*énonciation catégorique*.

Toujours est-il que les *énonciations de solidité et d'évidence certaines* « obligent à la foi et à l'action », et doivent être tenues, « en conscience, pour une vérité dogmatique, et, en pratique, pour un principe directeur de la conduite » (2), et, seules, elles possèdent ce double caractère. — Tandis que les énonciations de solidité certaine, mais d'évidence conjecturale, obligent à l'action, mais non à la foi (3). — Elles obligent à l'action, puisque l'Église se les est appropriées, en les interprétant d'une certaine façon ; — mais non à la foi, puisque « le principe du libre examen est un principe orthodoxe en matière d'énonciations contradictoires » (4) ; et, comme le libre examen est, alors, possible, rien ne s'opposerait à ce que l'Église substituât une nouvelle interprétation à celle précédemment adoptée. — Quant aux énonciations dont la solidité et l'évidence sont conjecturales, elles n'obligent pas plus à l'action qu'à la foi (5).

Dès lors, les *énonciations qualificatives* qui emportent *certitude de solidité et d'évidence*, sont immuables parce qu'elles sont l'œuvre certaine et évidente de la raison divine, que « la simple logique veut que la raison divine puisse seule avoir prise sur la raison divine » (6), et que « seul, un Prophète nouveau pourrait y porter atteinte, et que, de nouveau Prophète, il n'en faut point espérer » (7). — Mais, seules, elles sont immuables, parce que, seules, elles peuvent être considérées comme l'œuvre évidente et certaine de la raison divine.

Voilà ce à quoi se réduit, dans la rigueur des principes, cette prétendue immuabilité de la législation musulmane. Ce ne sont donc point toutes les prescriptions de cette législation qu'il faut

---

(1) Ostrorog, *op. cit.*, p. 22 et 23.
(2) *Eod. loc.*, p. 28.
(3) *Eod. loc.*, p. 29.
(4) *Eod. loc.*, p. 35.
(5) *Eod. loc.*, p. 35.
(6 et 7) *Eod. loc.*, p. 38 et 39.

tenir pour immuables, mais celles-là, seulement, qui sont des *énonciations qualificatives* emportant *certitude de solidité et d'évidence.*

39. — Il est bon d'observer, en outre, que, même dans les limites restreintes qui viennent d'être indiquées, nombre de jurisconsultes musulmans n'ont pas accepté, sans protestation, cette idée de l'immuabilité du droit musulman. Certains considèrent que le but de la loi est l'*utilité sociale*, et déclarent que « le principe général, en droit malékite, c'est qu'il faut avoir égard à l'utilité, lorsqu'elle est générale, et qu'elle s'impose » (1). — D'autres admettent que l'*usage*, la *coutume* peuvent créer la loi, et même modifier la loi et la tradition. « Sans doute, il faut s'en tenir à la loi et à la tradition. Mais ce principe ne s'applique que lorsqu'il n'existe point d'exception généralement reçue » (2).

D'autres, encore, ont affirmé que la *nécessité* suffisait pour justifier une dérogation à la loi. « La nécessité, dit Ibn Nadjim, a fait admettre beaucoup de choses qui seraient defendues, si l'on s'en tenait à la rigueur des principes » (3).

Et Mollah Tcheragh Ali va jusqu'à dire que « la loi musulmane, le chériat, si on peut l'appeler loi, puisqu'elle ne contient aucune loi organique, n'est, en aucune manière, incommutable, immodifiable » (4).

Au reste, les *hadits* ne manquent point, qui permettent de justifier la hardiesse de semblables conceptions. « Si l'univers entier, aurait dit le Prophète, n'était qu'une mare de sang, il serait permis au Croyant de s'en nourrir... (5). Ce que les Musulmans ont trouvé bon, Dieu le trouve bon aussi... (6).

---

(1) Tasouli, II, 188, 189, 190, 195; — Ibn Farhoun, II, 69, 105; — Santillana, *Avant-projet de code civil et commercial tunisien*, Avant-propos, p. V.

(2) Karafi, *ap.* Ibn Farhoun, I, 55; — Santillana, *loc. cit.*, p. VI.

(3) I, 110; — Santillana, *loc. cit.*, p. VII.

(4) Cahun, *Le monde islamique,* Histoire générale de Lavisse et Rambaud, t. XII, p. 487.

(5) Tasouli, II, 104; — Santillana, *loc. cit.*, p. VII.

(6) Ibn Nadjim, I, 126; — Santillana, *loc. cit.*, p. VI.

Les lois doivent varier suivant les circonstances. La nécessité rend licite même ce qui est réprouvé » (1).

Et, en fait, en dépit de leur attachement à leur religion et de leur respect pour les enseignements du Prophète, les Musulmans sont souvent restés fidèles, ainsi qu'on l'a vu dans les développements qui précèdent (2), à certaines coutumes, à certaines traditions auxquelles ils étaient particulièrement attachés, malgré que celles-ci eussent été formellement condamnées par le Coran ou la Sonnat.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que le souverain qui veut innover, a toujours la faculté de solliciter du *cheikh-el-islam* une *fetoua* certifiant que les décisions arrêtées par lui, l'ont été en conformité de la loi religieuse ; et les faits montrent que l'obtention d'une *fetoua* rencontre rarement des difficultés insurmontables (3).

40. — Si donc le droit de famille, en pays musulman, n'a pas évolué avec le temps, ce n'est pas dans le caractère sacré, partant immuable et intangible de la législation, qu'il faut aller chercher la raison d'être de cette absence d'évolution. — La vérité, c'est que les peuples musulmans se sont trouvés, pour la plupart, soustraits aux causes qui, d'ordinaire, provoquent cette évolution et en déterminent les différentes phases.

*
* *

41. — D'où vient, en effet, que, chez presque tous les peuples, l'importance de la famille, comme association politique, aille sans cesse en s'effaçant (4), si bien qu'il arrive un moment où l'État, ignorant la famille, ne connaît plus que les individus et

(1) Mohammed ben Rahal, *Quest. dipl. et col.*, 1er novembre 1901, p. 543.

(2) V. *sup.*, nos 22 et 33.

(3) Van den Berg, *Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanîfâh et de Chafi'i*, p. 8, note 1 ; — Cahun, *loc. cit.*, p. 531 et 532.

(4) Kœnigswarter, *op. cit.*, p. 327.

traite directement avec eux? — Le point de départ de cette transformation est dans la guerre et dans la conquête. Celles-ci aboutissent à l'incorporation d'éléments étrangers, à l'annexion de populations qui ne peuvent exciper, à l'encontre du vainqueur, d'une communauté d'origine. Aussi, aux époques primitives de l'histoire, la communauté de sang étant la seule base possible d'une communauté de fonctions politiques, ces populations soumises sont, tout d'abord, maintenues en état de vassalité. Mais, la dureté du vainqueur « à maintenir le principe central du système, sans lequel on ne pouvait obtenir les droits politiques autrement que par une parenté réelle ou artificielle, enseigna aux inférieurs un autre principe qui se montra doué d'une vitalité supérieure. Ce fut le principe de l'habitation du même territoire, aujourd'hui reconnu partout comme la condition de la communauté de droits politiques » (1). On admit, ainsi, qu'une famille pouvait appartenir à un groupement politique, et y jouir de prérogatives identiques à celles des autres familles de ce groupement, sans être, avec celles-ci, cependant, en communauté d'origine. Et le jour où cette conception fut acceptée, on se trouva bien près d'admettre qu'un individu peut se rattacher politiquement à un groupe, sans appartenir à une famille déterminée de ce groupe, et que l'exercice des droits et fonctions politiques est une prérogative de l'individu, abstraction faite du point de savoir de quelle famille il est issu.

En outre, les guerres incessantes qui occupent l'enfance de tous les peuples, ont, généralement, pour conséquence l'établissement de la monarchie absolue. « Dans les expéditions guerrières, dit Létourneau, la vigueur, le courage, la chance mettent en relief tel ou tel individu, auquel on doit ou auquel on attribue la victoire. Dorénavant, on le choisira pour chef dans les futures campagnes; on s'accoutumera à lui obéir. Mais, comme les guerres sont très fréquentes, la primitive égalité ne tardera pas à s'évanouir; on s'habituera à reconnaître l'autorité du conducteur militaire, même dans les intervalles de paix, à lui concéder

(1) Sumner Maine, *op. cit.*, p. 126.

certains droits exceptionnels. Ce privilégié accaparera la plus grosse part du butin, aura plus de femmes, plus d'esclaves, quand on jugera à propos d'en faire ; et, plus tard, quand la famille, surtout la famille paternelle, se sera dégagée de la confuse parenté du clan, le pouvoir du chef tendra à devenir héréditaire comme ses biens » (1). Et, ainsi, une famille unique arrive à dominer toutes les autres ; et, pour assurer sa domination et s'emparer de la direction exclusive de la société, elle s'efforce d'exproprier les autres familles de leurs prérogatives politiques, de supprimer, entre elle et l'individu, l'intermédiaire de la famille. Et, ainsi, se trouve consommée la ruine politique de celle-ci.

42. — Or, l'on a pu écrire que le principe des institutions politiques des Arabes, c'était « l'égalité complète de tous sous un seul maître » (2), que « les Arabes n'ont jamais connu de régime féodal, d'aristocratie, ni de fonctions héréditaires » (3), que « leur régime politique était, en réalité, un régime démocratique sous un maître absolu » (4), que le principe fondamental de l'Islam, c'était « la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un chef suprême et absolu, représentant unique de la divinité sur la terre » (5), et que les institutions politiques des musulmans « se sont toujours présentées sous la forme d'une monarchie militaire et religieuse absolue » (6), — il n'en est pas moins vrai que, sauf peut-être en Turquie et en Perse, l'on ne rencontre guère, en pays musulmans, cette prétendue centralisation, concentration de tous les pouvoirs en la main du souverain, auquel appartiendrait une autorité absolue ; et il s'en faut de beaucoup, la plupart du temps, que ce souverain soit en mesure de faire respecter son autorité et d'assurer l'exécution de ses ordres sur toute l'étendue du territoire auquel il commande. C'est, qu'en effet, la population des divers États musulmans renferme, assez généralement, une très forte pro-

(1) Létourneau, *op. cit.*, p. 528 et 529.

(2, 3, 4, 5, 6) Le Bon, *op. cit.*, p. 415 et suiv.

portion de nomades, que leur genre de vie rend, en quelque sorte, insaisissables, et auxquels le souverain ne peut guère demander que la reconnaissance de sa suzeraineté et le paiement d'un tribut. Souvent, ce tribut n'est payé que très irrégulièrement, et quelquefois, même, il faut entreprendre de véritables expéditions pour en opérer le recouvrement (1). Aussi, ces nomades ont-ils continué à vivre en dehors, en quelque sorte, des États centralisés dans lesquels ils étaient comme fictivement englobés, si bien que la constitution de ces États n'a nullement modifié les conditions de leur existence, et qu'il est vrai de dire que les siècles, et même l'Islamisme, ont glissé sur ces nomades, « sans modifier sensiblement leurs mœurs, ni même leur organisation sociale et politique » (2).

D'ailleurs, les conquérants de l'Islam ont toujours paru plutôt préoccupés d'étendre leurs conquêtes que de procéder à l'organisation des territoires soumis, d'agrandir le domaine de la communauté musulmane que d'en tirer parti. Que le peuple vaincu reconnût la suzeraineté de l'Islam et payât tribut, le vainqueur, semble-t-il, ne lui en demandait pas davantage (3). Et c'est là ce qui, dans une très large mesure, explique que le triomphe de l'islamisme soit resté sans influence, pour ainsi dire, sur la condition politique des populations, même sédentaires, de l'Afrique du nord.

« Les milices arabes du VIIe siècle, ces troupes hardies que les khalifes ont envoyées à travers « *l'Afrique perfide* », jusqu'au bord de l'Atlantique, sous la conduite de Sidi Oqbah et de ses successeurs, ont étonné le monde par leurs marches rapides et leurs foudroyantes victoires, puis ont été peu à peu refoulées, bloquées dans l'Africa, et expulsées, ne laissant derrière elles que le nom d'Allah et de son Prophète » (4). — Quant aux

(1) Frisch, *Le Maroc*, p. 66 et 67.

(2) Létourneau, *op. cit.*, p. 266.

(3) « La puissance et les succès prodigieux d'Omar s'expliquent par ce fait qu'il laissa à chaque pays son administration particulière... » Van Berchem, *Étude sur l'impôt du Kharâg*, p. 22.

(4) Masqueray, *op. cit.*, p. 12.

envahisseurs du XIe siècle, les Hilal et les Soléim, ils n'ont laissé d'autre souvenir, dans les steppes de l'Afrique septentrionale, que celui de leurs dévastations et de leurs rapines (1). — Enfin, sauf à Tunis où, à partir de 1705, les beys réussirent à se rendre indépendants des deys, fondèrent une monarchie héréditaire et se sont efforcés de rendre leur autorité effective (2), — les Turcs n'ont pas cherché à « prendre racine dans le pays » (3). Il n'était, pour eux, que deux choses qui eussent de l'importance : la prestation de l'hommage et le paiement du tribut (4). Ils se réservaient certaines charges, certaines fonctions, celles qui les mettaient à même de maintenir leur autorité sur le pays et d'assurer la perception de l'impôt, et se désintéressaient complètement de l'administration locale.

Les populations berbères du nord de l'Afrique ont, ainsi, échappé aux conséquences qu'ont, d'ordinaire, pour les vaincus, la conquête et l'annexion ; elles n'ont point été asservies, elles n'ont pas eu à obéir à la volonté absolue et despotique du vainqueur. Elles ont pu conserver leur ancienne organisation. — Or, dans cette ancienne organisation, le rôle de la famille était considérable, malgré que cette organisation fût démocratique. Si, en effet, les Berbères ont la passion de l'égalité et de l'indépendance, s'ils admettent tout individu majeur à participer à la direction politique de la communauté, s'il existe chez eux des *çofs*, c'est-à-dire des associations d'assistance mutuelle dans la défense et dans l'attaque, pour toutes les éventualités de la vie, basées uniquement sur une communauté d'intérêts et non pas sur une communauté d'origine familiale (5), — il n'en est pas moins vrai que, chez les Kabyles, par exemple, le village est « la pierre angulaire » de la société, que ce village se subdivise en *Kharoubas*, que chaque *Kharouba* se compose d'un certain nombre de familles, généralement de même origine et unies par

(1) Masqueray, *op. cit.*, p. 12; — Doutté, *L'Islam algérien en 1900*, p. 36.
(2) Mercier, *op. cit.*, t. III, p. 541.
(3) *Eod. loc.*, p. 542.
(4) De Grammont, *op. cit.*, p. 413.
(5) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 3, 20 et 21.

le lien de la parenté, et que souvent la *Kharouba* est formée exclusivement des membres d'une même famille (1). Aussi MM. Hanoteau et Letourneux déclarent-ils que « la substitution du pouvoir de la famille à l'individualisme, tel que l'admettent nos sociétés modernes, imprime à la démocratie kabyle une physionomie toute particulière ; elle lui donne un caractère semi-patriarcal, que nous ne sommes pas habitués à rencontrer chez les peuples dont la constitution politique est basée sur la souveraineté populaire » (2).

En outre, les Berbères ont toujours eu « du goût pour le culte de l'homme » (3) ; le culte des saints existe en Berbérie, à l'aurore de l'histoire (4). Et, comme « c'est un fait bien commun que les peuples ne changent pas brusquement de religion..., que, lorsqu'un réformateur se lève, qui leur apporte un nouveau credo, ils adaptent seulement de leur mieux leurs anciens cultes à cette nouvelle croyance » (5), le culte des saints n'a pas cessé de se développer dans la Berbérie islamisée, et s'y est manifesté sous la forme du maraboutisme. Il a abouti, en somme, à la constitution de familles maraboutiques, c'est-à-dire à la formation d'une aristocratie religieuse.

Les institutions berbères ne se sont, il est vrai, maintenues dans toute leur pureté, que dans les massifs montagneux de la grande Kabylie. Partout ailleurs, au contraire, les Berbères ont été plus ou moins arabisés par l'invasion du XIe siècle, puis islamisés définitivement, au XVIe, par des marabouts venus du sud marocain (6), enfin placés sous la suzeraineté des Ottomans. — Mais, si l'on songe que les tribus hilaliennes, qui ont envahi le Moghreb, étaient composées de Bédouins (7) qui n'avaient pas, de la famille, une conception très différente de celle qu'en

---

(1) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 6.
(2) *Eod. loc.*, p. 7.
(3) Doutté, *op. cit.*, p. 38.
(4) Doutté, *Les Marabouts*, p. 14.
(5) Doutté, l'*Islam algérien en 1900*, p. 39.
(6) *Eod. loc.*, p. 37.
(7) *Eod. loc.*, p. 36.

avaient les Berbères, — que le triomphe de l'islamisme n'avait pu, même en Arabie, consommer la ruine politique de la famille, — et qu'enfin, les Turcs ne se sont guère immiscés dans l'administration locale des territoires, même effectivement soumis à leur autorité, qu'ils ont même favorisé le développement du maraboutisme afin d'utiliser l'influence politique des familles de marabouts (1), on s'explique très bien que les bouleversements qui, depuis le VIIe siècle, se sont produits dans le nord de l'Afrique, n'aient pas été de nature à déterminer, chez les populations qui l'habitaient, des modifications notables dans le rôle politique de la famille.

*
* *

43. — D'autre part, en même temps que, d'ordinaire, le rôle politique de la famille diminue, son importance sociale s'amoindrit. A mesure, en effet, que s'affermit l'autorité du gouvernement central, que s'étendent ses pouvoirs et ses attributions, — à mesure que les mœurs s'adoucissent et que disparaît progressivement la pratique des guerres privées, en même temps que s'organisent des juridictions destinées à résoudre pacifiquement les conflits, — l'existence devient plus facile et plus sûre ; aussi la vie devient-elle plus sédentaire ; la famille se disperse, ses divers membres n'éprouvant plus, au même degré, le besoin de vivre groupés de façon à être toujours en mesure de se prêter main-forte, et trouvant, auprès du pouvoir central, la protection que, jusqu'alors, la famille avait été seule à leur fournir (2). — Les progrès réalisés dans l'art de la culture tendent également à rendre l'existence plus sédentaire ; car l'on arrive à vivre d'une façon permanente dans des régions où, jusqu'alors, l'on n'avait pu subsister qu'un certain temps. — Puis, le progrès économique s'accentue ; les besoins s'accroissent ; les profes-

(1) De Grammont, *op. cit.*, p. 413.

(2) Le Bon, *op. cit.*, p. 364 ; Gr. Encyclopédie, v° *Famille*, p. 1179, col. 1.

sions se spécialisent ; les transactions se multiplient. Des relations nouvelles s'établissent entre individus de familles différentes, qui ne provoquent plus l'intervention ou l'assistance de celles-ci. Et, de ces relations, naissent des intérêts économiques collectifs, qui provoquent la formation d'associations, de groupements entre individus n'appartenant pas à la même famille, — intérêts économiques collectifs, qui ne sont plus des intérêts familiaux, et dont l'importance grandit, à mesure que celle de ceux-ci diminue.

Or, ainsi qu'il a été dit déjà, les pays musulmans renferment une très forte proportion de nomades. Tantôt, ce sont des indépendants qui ont fui devant l'envahisseur, et qui ont préféré se condamner à leur existence aventureuse, plutôt que de subir la domination du vainqueur (1). — Tantôt, aussi, ce sont des amoureux de grand air et d'espace, pour qui les attraits et les charmes de la vie nomade l'emportent sur la monotonie de l'existence sédentaire, et qui, sans nécessité apparente, abandonnent celle-ci (2). — Le plus souvent, ce sont les habitants de régions arides, infertiles, que l'économie des consommations en commun oblige à vivre groupés et qui, pour pouvoir trouver leur subsistance, sont obligés à des déplacements continuels. — Toujours est-il que, pour ces nomades, les conditions de l'existence ne se sont nullement modifiées (3) ; elles sont, aujourd'hui, ce qu'elles étaient, il y a des siècles ; si bien que ces populations nomades se sont trouvées soustraites à l'action des causes qui, d'ordinaire, provoquent la désagrégation de la famille et tendent à substituer aux relations entre familles, — qui, à un certain moment, constituent la règle, — des relations purement individuelles. Et l'on comprend ainsi que leur organisation sociale ne se soit pas transformée.

Quant aux sédentaires et aux habitants des villes, souvent,

---

(1) La Tunisie, *Histoire et description*, t. I, p. 324.

(2) Chobaut, *Voyage chez les Beni-Mzab*, p. 30 ; — Fabre, *Monographie de la commune indigène de Tiaret-Aflou*, Bul. de la Soc. de géog. et d'arch. de la province d'Oran ; juillet-septembre 1902, p. 268.

(3) Le Bon, *op. cit.*, p. 357 et 401.

eux aussi, bien que dans une beaucoup moins large mesure, ils ont échappé à l'action de ces facteurs de la désagrégation et de la dispersion de la famille. Il se peut, en effet, qu'en pays musulman, le Souverain soit, théoriquement, un chef absolu et suprême, concentrant entre ses mains tous les pouvoirs ; en fait, la plupart du temps, son autorité ne s'exerce point effectivement sur toute l'étendue du territoire auquel, nominalement, il commande ; et, d'ailleurs, même là où cette autorité s'exerce, elle ne se manifeste guère que par la perception de l'impôt. C'est ainsi, qu'au Maroc, la moitié est de l'Empire est insoumise (1), et que, si la moitié ouest, jusqu'à l'Atlas, paie généralement l'impôt, ce n'est guère que par les exigences fiscales du gouvernement du Sultan, que cette partie de l'Empire se rend compte de l'existence de ce dernier. Aussi, « les Marocains n'ont pas l'air de se douter qu'ils appartiennent à un empire du Maroc et n'ont pas de nom pour désigner leur nation » (2). — De même, en Algérie, avant la conquête française, le pouvoir des Turcs « se bornait à l'hommage et à la perception de l'impôt » (3). — Dès lors, le pouvoir central ne pouvant ou ne voulant, en ces pays, assurer protection et sécurité aux individus, ceux-ci ont continué à réclamer de la famille l'aide et l'assistance dont ils avaient besoin.

Et c'est là ce qui explique que, même dans les villes, les divers membres de la famille soient restés groupés, chaque famille occupant un quartier de la ville, ou simplement une rue déterminée de ce quartier (4).

Enfin, si l'on songe que, souvent, les professions sont héréditaires, — que les divers métiers se transmettent, de père en fils, dans la même famille, — que les individus d'une profession déterminée ont généralement une origine commune et sont tous, plus ou moins, parents les uns des autres (5), et que, dès lors, les associations corporatives sont encore des groupements

(1 et 2) Erckmann, *op. cit.*, p. 11.
(3) De Grammont, *op. cit.*, p. 413.
(4) V. *sup.*, nos 29 et suiv.
(5) *Eod. loc.*

familiaux, — on ne s'étonne plus que, dans nombre de pays musulmans, la famille ait conservé une telle importance sociale, et que les jurisconsultes musulmans aient admis l'intervention de la famille en des matières où, d'ordinaire, aux rapports entre familles, des rapports individuels se sont substitués.

*
* *

44. — Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement le rôle politique de la famille et son importance sociale qui, avec le temps, se modifient ; — c'est aussi sa constitution, son organisation interne. Tout d'abord, il n'est de parenté que par les femmes, — puis, il n'est plus de parenté que par les mâles ; — enfin, un moment arrive où la parenté par les femmes compte autant que la parenté par les mâles, et où les femmes se voient reconnaître, dans la famille, des droits égaux à ceux des mâles.

Il est, pour nous, sans intérêt de savoir comment et pour quelles causes le régime du patriarchat s'est substitué au régime du matriarchat ; il importe uniquement, en effet, de mettre en lumière les raisons qui expliquent l'abandon du régime du patriarchat, puisque la question que nous avons à résoudre est celle de savoir pourquoi les peuples musulmans s'en sont tenus à ce régime, et pourquoi, à l'heure actuelle encore, ils considèrent que la véritable famille, c'est l'ensemble des mâles, parents par les mâles.

Or, l'institution du patriarchat se conçoit à merveille chez les peuples qui vivent dans un état continuel de guerre et de représailles, car elle donne à la famille une organisation quasi-militaire (1) et lui assure, ainsi, son maximum de force et de puissance ; — et l'on a pu dire que, dans la famille basée sur le patriarchat, la loi de la parenté est, en réalité, une loi de guerre (2). — Mais, à mesure que les mœurs s'améliorent et

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 40.
(2) *Eod. loc.*, p. 7 et 9.

s'adoucissent, que les guerres privées deviennent moins fréquentes, que le pouvoir central devient plus fort, se trouve en mesure de faire accepter son arbitrage, et que l'on s'accoutume à donner aux conflits un dénouement pacifique, — il semble moins nécessaire d'assurer la prépondérance des mâles dans la famille ; la condition de la femme s'améliore ; et il arrive un moment où, dans l'un des actes les plus importants de la vie, le mariage, la femme est tenue pour l'égale de l'homme. Chez les nations chrétiennes, du reste, l'Église a puissamment contribué à la réalisation de cette évolution. « L'Église, dit, en effet, M. Esmein, a introduit dans le droit du mariage une nouveauté féconde ; elle a proclamé, en principe, l'égalité de l'homme et de la femme... De nos jours, l'Église s'enorgueillit, et à juste titre, d'avoir la première enseigné cette vérité » (1).

Mais, le jour où l'on eut admis l'égalité, dans le mariage, de l'homme et de la femme, l'on fut tout naturellement amené à considérer ce mariage comme une association entre les époux, au triple point de vue des personnes, des intérêts, des enfants (2) ; — association dirigée par le mari, parce qu'à toute association il faut un chef, et que le mari se trouvait tout désigné pour être ce chef (3) ; — mais dans laquelle les associés sont placés sur un pied d'égalité, dans laquelle il existe entre ces associés réciprocité de droits et de devoirs, dans laquelle il y a « égalité de fond entre ces deux créatures de même origine, unies dans le mariage » (4).

Or, s'il y a égalité entre l'homme et la femme, il ne saurait y avoir d'inégalités, entre les divers membres de la famille, à raison de leur sexe.

D'autre part, si les époux se trouvent associés par le fait du mariage, non seulement au point de vue des personnes et des intérêts, mais aussi des enfants, si le mariage emporte communauté des enfants (5), ceux-ci appartiennent à la mère aussi

---

(1) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 91.
(2 et 3) Lefèvre, *op. cit.*, p. 25 et suiv.
(4) *Eod. loc.*, p. 28.
(5) *Eod. loc.*, p. 31.

bien qu'au père, et doivent, dès lors, être rattachés à la famille de la mère, comme ils le sont à celle du père. La parenté maternelle doit compter autant que la parenté paternelle (1).

45. — Ainsi, si, chez les peuples modernes, des modifications ont été apportées aux règles concernant la constitution de la famille, — si, aujourd'hui, les femmes ont, dans la famille, des droits égaux à ceux des mâles, — et si les parents par les femmes ont cessé d'en être exclus, — c'est que des conceptions nouvelles ont prévalu, touchant la condition de la femme et relativement à la nature juridique du mariage.

Or, les Musulmans sont restés foncièrement attachés à la vieille idée de l'inégalité des sexes, ainsi qu'à leur conception grossière du mariage, puisqu'ils s'efforcent, on l'a vu plus haut (2), d'enlever aux femmes le bénéfice de la vocation héréditaire que leur a reconnu le Coran, et continuent à voir, dans le mariage, l'achat de la femme par le mari. — On s'explique, dès lors, très aisément pourquoi le droit de famille n'a, pour ainsi dire, pas évolué chez eux.

Mais, pour quelles raisons, sur ces divers points, les idées du monde musulman ne se sont-elles pas modifiées ? — Est-ce, ainsi qu'on l'a prétendu, parce que l'évolution du mariage s'est trouvée enrayée par les recommandations du Coran ? (3) — Très certainement non. Nous avons vu, en effet, ce qu'il fallait penser de cette prétendue immobilité de la loi musulmane et constaté qu'elle n'existait, à proprement parler, qu'en théorie (4). — Il est bon d'observer, d'ailleurs, que la législation coranique a singulièrement amélioré la condition de la femme, et qu'en allant plus loin dans cette voie, les Docteurs musulmans n'auraient fait que se conformer à l'esprit de cette législation. — Il importe de remarquer, enfin, que les Musulmans ont été si peu guidés, en la circonstance, par le désir de ne

(1) Lefèvre, *op. cit.*, p. 41.
(2) V. *sup.*, nos 33 et 34.
(3) Gr. Encyclopédie, vo *Famille*, p. 1166, col. 2.
(4) V. *sup.*, no 38.

point enfreindre les prescriptions du Coran, qu'ils n'ont pas hésité à s'en écarter, — nous le constations une fois de plus, tout à l'heure, — justement pour amoindrir l'importance des réformes réalisées par le Prophète dans l'intérêt de la femme.

En réalité, si les Musulmans se sont toujours efforcés de maintenir la suprématie des mâles dans la famille, et si la répugnance qu'ils ont manifestée, dès le début, à l'égard des innovations tentées par le Prophète en vue de rehausser la condition de la femme, est restée aussi vive, — c'est que, n'ayant cessé, pendant des siècles, de vivre dans un état de guerre permanent, ils ont constamment senti la nécessité de maintenir, à la famille, cette forte organisation quasi-militaire que lui avait donnée la coutume préislamique. Aussi, ne voyant, dans la femme, qu'une source d'embarras et de faiblesse pour la famille, ils ne pouvaient avoir que de la défiance et de l'hostilité pour toute mesure destinée à accroître l'influence et les droits de la femme, au détriment des mâles.

Et, si les Musulmans ont persisté à voir, dans le mariage, la vente de la femme au mari, c'est qu'une conception plus élevée du mariage se fût trouvée inconciliable avec la pratique de la polygamie et en eût emporté condamnation. — Le régime de la polygamie est exclusif, en effet, de toute idée d'association entre les conjoints ; car, l'on ne conçoit guère que le mari puisse vivre en communauté avec plusieurs épouses sans que toutes soient en communauté les unes avec les autres, — et que l'on ne conçoit pas davantage que le mari vivant en communauté avec une femme, puisse obliger celle-ci à vivre en communauté avec toutes celles que, par la suite, il lui plaira d'épouser. — Or, les Musulmans ont été et sont restés foncièrement polygames.

Ce n'est pas que tout Musulman ait plusieurs épouses. En pays musulman, comme partout ailleurs, en effet, la polygamie n'est pratiquée que par une minorité (1). Pour ce qui est de l'Algérie,

---

(1) Westermarck, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, trad. de Varigny, p. 415 et 416.

par exemple, sur 35.620 mariages musulmans conclus en l'année 1907, 3.872, seulement, l'ont été par des indigènes ayant déjà une femme, — 1.018 par des indigènes en ayant deux, — et 172 par des indigènes en ayant trois (1). — Il arrive, quelquefois, d'autre part, que la femme ne donne son consentement au mariage que sous la condition que, tant que ce mariage subsistera, le mari ne prendra pas d'autre épouse (2). — L'on peut dire, cependant, que, d'une manière générale, tout Musulman, en situation d'avoir plusieurs femmes, est polygame.

Or, on a beaucoup disserté sur les origines et les causes de la polygamie. Certains l'ont expliquée par l'idée d'une disproportion entre les sexes, par l'existence d'une minorité de mâles. — D'autres y ont vu un moyen d'assurer la pureté des mœurs dans des pays où les ardeurs du climat rendent la monogamie impossible. — D'autres, encore, ont soutenu que la polygamie était destinée, chez les peuples belliqueux, à conjurer l'extinction des familles décimées par la guerre, et à fournir « une abondante genèse, que la monogamie eût été impuissante à donner » (3). — D'autres, enfin, ont considéré que, en épousant plusieurs femmes, l'homme n'avait d'autre but que « d'avoir le plus possible d'auxiliaires, d'ouvrières à ses ordres » (4). — Mais, s'agissant des peuples musulmans, tout au moins, ces diverses explications ne sont pas toutes également concluantes, et, seules, les deux dernières méritent d'être retenues ; car, seules, elles sont de nature à justifier la survivance de la polygamie chez les Mahométans.

Il n'est nullement établi, en effet, ainsi que le constatait déjà Niebuhr, que, dans les pays musulmans, les mâles soient en minorité (5). — D'autre part, les adeptes de l'Islam ne sont

---

(1) Statistique générale de l'Algérie ; année 1907.

(2) Tunis, 16 juillet 1894 ; *Rev. Alg.*, 1894, 2, 473.

(3) Joly, *op. cit.*, p. 14.

(4) Gr. Encyclopédie, v° *Famille*, p. 1165, col. 1.

(5) Niebuhr, *Description de l'Arabie*, nouv. édit., 1779, t. I, p. 101 et suiv. — Gr. Encyclopédie, v° *Famille*, p. 1164, col. 2. Peut-être, cette croyance, qu'en pays musulmans, le nombre des femmes doit tendre à l'emporter sur celui des mâles, a-t-elle son origine dans le hadits suivant : « Anas a dit :

point tous fixés dans des régions tropicales, dans des pays où la chasteté est contre nature et la monogamie impossible (1).

Mais il n'est pas douteux que, pour les Musulmans, la procréation abondante est un devoir, et que la polygamie facilite les moyens de le remplir. « Mariez-vous à l'envi, a dit, en effet, le Prophète, procréez continûment. Au jour du jugement dernier, mon éclat sera d'autant plus grand au milieu des autres nations, que vous aurez eu plus de fécondité » (2). Et, tout naturellement, les disciples du Prophète ont vu, dans la polygamie, un moyen d'accroître cette fécondité, et, par là même, d'augmenter leur puissance et d'assurer la suprématie de l'Islam. — Il est à remarquer, en outre, que les Musulmans ne paraissent point avoir, du louage de services, la conception que nous nous en faisons. Le travailleur libre n'est pas, pour eux, un salarié, mais un associé. Quant aux services que nous avons coutume de réclamer du serviteur à gages, du domestique, ils ne conçoivent guère qu'on puisse les demander à d'autres qu'à des femmes ou à des esclaves (3). Aussi trouvent-ils, dans la polygamie, un moyen de se procurer les servantes qui leur font défaut (4).

« Je vais vous rapporter un hadits que j'ai entendu moi-même de l'Envoyé de Dieu et que personne autre que moi ne peut vous rapporter. J'ai entendu l'Envoyé de Dieu dire : « Parmi les signes avant-coureurs de l'Heure suprême, on verra la science disparaître, et l'ignorance s'accroître ; l'adultère sera très fréquent ; on boira beaucoup de vin ; les hommes diminueront de nombre, tandis que les femmes deviendront si nombreuses qu'il n'y aura plus qu'un seul homme pour soutenir cinquante femmes » (El-Bokhari, *Çahih*, titre LXVII, ch. CX ; *trad. Houdas*, t. III, p. 600).

(1) Mohammed ben Rahal, *Quest. dipl. et col.*, 1er novembre 1901, p. 540.

(2) Hadits relaté par Kamal, *op. cit.*, p. 12.

(3) La Beaume, *Le Koran analysé*, p. 621, note 1.

(4) C'est ainsi qu'au Maroc, « la polygamie est la règle commune. Un chef berbère nous expliquait qu'une seule femme ne saurait suffire au triple rôle d'épouse, de mère et de servante, sous le toit du sédentaire et moins encore sous la tente du nomade » (de Segonzac, *Voyages au Maroc*, p. 32). — Salmon, *Les tribus arabes de la vallée du Lekkous*, Arch. maroc., t. VI, p. 2 ; — Binger, *Le péril de l'Islam ;* Bul. com. Afr. fr., *Rens. col.*, 1906, p. 24 et 25 : « Il y a lieu de considérer que, ni pendant la gestation, ni pendant l'allaitement, les nègres musulmans ou fétichistes n'ont de rapports avec leurs femmes. Il est facile de calculer que, dans ces conditions, si on admet qu'une femme peut être mère pendant vingt ans, elle peut avoir, au maximum, cinq enfants. Et comme l'hygiène de l'enfance se réduit à des pratiques, plutôt qu'à des soins

Or, si telles sont les considérations qui expliquent la pratique de la polygamie, chez les Musulmans, ces considérations, la dernière principalement, n'ont rien perdu de leur actualité. Aujourd'hui, encore, en terre d'Islam, l'on n'envisage la coopération du capital et du travail libre que sous la forme de l'association (1). « En entrant dans la communauté, dit notamment Le Play, le domestique devient, par là même, l'associé de la famille » (2). — En dehors de là, c'est l'esclavage qui fournit la solution au problème de la main-d'œuvre. — Et, comme les États mahométans indépendants rencontrent des difficultés de plus en plus grandes pour s'approvisionner d'esclaves, et comme l'esclavage a complètement disparu dans les régions effectivement soumises à une puissance civilisée, les Musulmans cherchent, aujourd'hui, dans la pratique de la polygamie, les servantes que l'esclavage a cessé de leur fournir. « Les Arabes, dit Berbrugger, prennent plusieurs femmes, non par sensualité,

---

délicats, la mortalité infantile est considérable. Sur cinq de ces petits êtres, on en élève deux, au maximum. Donc, si les indigènes étaient monogames, les familles les plus nombreuses ne comporteraient que deux ou trois enfants. Or, on sait que, chez les peuples cultivateurs ou pasteurs, la richesse d'une famille augmente avec le nombre des enfants, puisque ce sont des auxiliaires non rétribués et qui, en fait, ne coûtent aucuns frais d'entretien. — Enfin, l'alimentation de ces peuples est assez compliquée, quoi qu'on puisse en penser. Certes, les nègres mangent des mets simples, mais leur préparation n'en est pas moins très longue. Toutes les réserves de graines sont en épis, pour la bonne raison que, sous cette forme et en dépit de razzias toujours à craindre, l'ennemi ne peut soustraire que des quantités bien moindres que si elles étaient déjà réduites en grains. La préparation des mets est, de ce fait, très laborieuse, puisqu'il s'agit d'aller prendre la provision souvent assez loin, de retirer la graine de l'épi, de la réduire en semoule, et finalement en farine, la cuisson ne venant qu'après. L'eau est souvent rare ; dans certaines régions où les cours d'eau sont à sec une partie de l'année, les femmes couchent au puits pour ne pas manquer leur tour de puiser. Le bois, également, ne se trouve pas toujours à portée, ... et c'est souvent toute une journée qu'il faut pour aller en chercher une charge. Une seule femme peut donc difficilement suffire à ces laborieuses besognes. Avoir recours à une domesticité n'est pas possible, puisqu'elle n'existe pas encore. Reste la ressource d'acheter une esclave ou de prendre une seconde femme... C'est, en général, à ce dernier parti que l'indigène a recours, puisqu'il est moins dispendieux ; c'est pourquoi la polygamie subsistera encore pendant un certain temps, comme une nécessité sociale. » — Cf. P. Jaussen, *Coutumes des Arabes au pays de Moab*, p. 14.

(1) Mohammed ben Rahal, *loc. cit.*, p. 541.

(2) Le Play, *Les ouvriers d'Orient*, p. 376.

mais par nécessité » (1). — Westermarck constate que, dans l'Orient mahométan, c'est souvent la femme elle-même qui, dans le but d'alléger le fardeau de son labeur, invite le mari à prendre une autre épouse (2). — Et M. Mercier remarque, qu'en Algérie, la femme est moins écrasée de besogne qu'elle ne l'était avant l'occupation française, qu'elle n'a plus, notamment, à moudre le grain ou à aller puiser de l'eau à la fontaine, les Bédouins ayant pris l'habitude de faire moudre leur blé au moulin, et de porter l'eau dans des tonnelets, à dos d'âne, si bien que les travaux domestiques exigeant un personnel de femmes moins nombreux, il en est résulté une diminution de la polygamie (3).

En sorte, qu'à l'heure actuelle, la polygamie répond encore, dans les pays musulmans, à divers besoins d'ordre politique ou économique. Aussi, ne faut-il point s'étonner que leurs habitants s'en soient tenus à leur antique conception du mariage et de la famille.

---

(1) *La polygamie musulmane*; Rev. Afr., avril 1859, p. 254.

(2) Westermarck, *op. cit.*, p. 466.

(3) Mercier, *loc. cit.*, p. 126.

V

46. — Et, cependant, au cours du XIXe siècle, des modifications notables se sont produites dans la situation politique ou économique des peuples musulmans. Certains d'entre eux sont, aujourd'hui, placés dans la dépendance de puissances chrétiennes et gouvernés par elles. Les autres ont, il est vrai, conservé une indépendance plus ou moins complète, mais ont cessé de vivre dans leur isolement farouche ; ils entretiennent, avec les divers États du monde civilisé, des relations pacifiques permanentes, s'ouvrent à leur commerce, autorisent les étrangers à fonder des entreprises commerciales et industrielles et leur permettent d'acquérir des terres, tolèrent l'établissement, sur leur territoire, d'ordres religieux chrétiens. — Dès lors, les peuples musulmans n'échappent plus, à l'heure actuelle, à l'action de ces causes diverses, qui sont les facteurs de l'évolution sociale ; — et la simple constatation de ce fait donne, semble-t-il, le droit d'affirmer que ces peuples vont sortir de leur immobilité, qu'ils vont évoluer à leur tour. — Or, cette affirmation se trouve confirmée par l'étude des événements contemporains.

Chez les peuples mahométans, en effet, de nouvelles tendances se manifestent. « Mis en présence de peuples doués d'une forte organisation sociale, le monde musulman sent vaguement le besoin de sortir de l'anarchie religieuse et politique, devenue son lot depuis des siècles » (1). Il comprend la nécessité de réaliser des réformes. Mis en contact avec la civilisation européenne, « comme autrefois, en Asie, au contact des civilisations orientales, il a subi, de ce fait, dans les contrées où la nouvelle influence est devenue prédominante, une transformation complète. Il est devenu l'Islam moderne, libéral. Ailleurs, la réaction a donné naissance à une réforme rétro-

(1) Le Chatelier, *L'Islam au XIXe siècle*, p. 22.

grade. — Dans les deux cas, l'évolution contemporaine de l'Europe a introduit dans celle de l'Islam un facteur commun : le développement de l'esprit de nationalité » (1).

47. — Mais, nous n'avons pas à dire, ici, comment ont pris naissance et se sont développées ces tendances contraires, — comment, en certains pays musulmans, s'est constitué un parti qui, croyant l'islamisme susceptible de s'adapter aux circonstances de race, de temps et de milieu, s'efforce de l'accommoder aux progrès de la civilisation européenne, — comment, au contraire, en certains autres, l'on songe à purifier l'Islam et à reconstituer la théocratie islamique du premier siècle de l'Hégire, — comment, enfin, en tous, s'est éveillé le sentiment de la nationalité. — C'est là, d'ailleurs, un sujet qui a été remarquablement traité par M. Le Chatelier, dans son ouvrage *L'Islam au XIXe siècle*, et par M. Cahun, dans son étude sur *Le Monde islamique*, insérée dans *L'Histoire générale du IVe siècle à nos jours*, publiée par MM. Lavisse et Rambaud (2).

Il ne nous appartient pas, non plus, de montrer comment les peuples musulmans, menacés par les progrès incessants des puissances chrétiennes, ont été amenés à comprendre « qu'il serait pratiquement efficace de faire prendre conscience à tous les Musulmans de leur communauté d'intérêts » (3), si bien, qu'aujourd'hui, un peu partout, les Musulmans commencent « à se tendre les bras pour une fraternisation plus intime » (4). — Nous n'avons pas, en d'autres termes, à indiquer comment est né le mouvement panislamique, ni comment ce mouvement a été exploité par la Porte, ni quel est son avenir. — Une enquête a été ouverte sur ce point par M. Edmond Fazy, à qui elle a valu des communications fort intéressantes, qui ont été publiées dans les *Questions diplomatiques et coloniales* (5), et auxquelles il

(1) Le Chatelier, *L'Islam au XIXe siècle*, p. 185 et 186.

(2) T. XI, p. 527 et suiv.

(3 et 4) Vambéry, *Quest. dipl. et col.*, 1er août 1901, p. 148 et 149.

(5) Numéros des 15 mai, 15 juillet, 1er août, 1er octobre et 1er novembre 1901 ; — V., en outre, Arnaud, *Le Panislamisme et la France ;* Revue franco-musulmane et saharienne, septembre 1902, p. 30 et suiv.

suffit que nous renvoyions le lecteur. — Nous ne voulons pas, davantage, dire dans quelles circonstances a pris naissance l'idée d'un *Congrès musulman universel*, le but de ce Congrès et ce que l'on peut en attendre (1).

Nous n'avons à étudier, ici, les conséquences des modifications subies par le milieu dans lequel vivent les peuples musulmans, qu'au point de vue de l'influence que ces modifications ont exercée ou pourront exercer sur la conception qu'ont eue, jusqu'ici, les Musulmans, de la famille, de son rôle politique, de son importance sociale, de son organisation.

48. — Or, cette influence ne saurait être, bien évidemment, la même partout. Car l'action de la civilisation européenne ne s'est pas manifestée partout avec la même intensité, — de même que les populations musulmanes, à raison des différences existant, entre elles, au point de vue de la race et du régime économique, notamment, n'ont pas opposé partout, à cette action, une résistance identique.

En sorte que, pour donner à la question qui nous occupe une réponse satisfaisante, il importerait de procéder à toute une série d'enquêtes, lesquelles, étant donné le petit nombre et l'imprécision des renseignements dont nous disposons, ne seraient nullement concluantes.

Aussi, nous bornerons-nous à rechercher dans quelle mesure l'établissement de la France, en Algérie, a influé sur la situation de la famille musulmane en ce pays.

D'ailleurs, indépendamment de la facilité qu'il peut y avoir à se procurer, relativement aux Musulmans algériens, des documents précis et abondants, il est une autre considération qui nous détermine à limiter, ainsi, le champ de nos investigations. L'influence de la civilisation chrétienne, en tant que facteur de l'évolution sociale, est évidemment plus grande, ne serait-ce qu'à raison de l'étroitesse du contact, dans les pays musulmans effectivement soumis aux puissances chrétiennes, qu'elle ne peut l'être dans les pays musulmans qui, tout en

(1) Cf. *Revue du monde musulman*, t. IV, p. 100 et 399.

entretenant, avec ces puissances, des relations constantes, ont conservé leur indépendance. — Or, de tous les pays musulmans gouvernés par une puissance chrétienne, l'Algérie est peut-être celui sur lequel s'est abattue le plus lourdement la main du vainqueur ; car, la France ne s'est pas bornée à exiger des vaincus la reconnaissance de sa suzeraineté ; elle a entrepris de les gouverner et s'est efforcée de leur imposer ses institutions.

Progressivement, en effet, l'ancienne aristocratie indigène s'est vu déposséder de ses prérogatives (1), et « le gouvernement direct des agents français a remplacé l'ordre ancien des tribus, administrées par un seigneur ayant chez lui tout pouvoir pour assurer la paix » (2).

D'autre part, si la répartition des indigènes en familles, douars et tribus a été respectée, cette répartition n'a plus, à l'heure actuelle, qu'un caractère tout à fait artificiel et arbitraire, et ne présente, à proprement parler, qu'une importance purement administrative.

Enfin, si les Musulmans algériens sont encore régis par leurs lois et coutumes, ce n'est que dans les limites fixées par la législation française spéciale à l'Algérie ; et il n'est pas douteux que, dans l'esprit de ceux qui ont élaboré cette législation, les Musulmans algériens ne relèvent, en principe, même dans les matières de droit privé, que du droit français, et que la sphère d'application du droit musulman et des coutumes indigènes est destinée à se restreindre progressivement.

La politique suivie par la France en Algérie, à l'égard des

---

(1) On est généralement d'accord, aujourd'hui, pour reconnaître que la politique suivie par la France a donné, en la circonstance, des résultats déplorables. « Au point de vue politique, l'indigène a perdu la direction que lui assuraient ses chefs de tribus. Il s'en va à la dérive. Les extensions successives du territoire civil ont amené la disparition ou l'effacement des grandes familles, à tel point qu'un gouverneur général, M. Jules Cambon, a pu dire à la tribune du Sénat (séance du 18 juin 1894) que *nous n'avons plus, en face de nous, qu'une sorte de poussière d'hommes, sur lesquels nous sommes le plus souvent sans action.* » Depont, *Aperçu sur l'administration des indigènes musulmans en Algérie;* Congrès international de sociologie coloniale, 1900, t. II, p. 74 ; — V., en outre, Arnaud, *Le Panislamisme et la France;* Revue franco-musulmane et saharienne, septembre 1902, p. 34.

(2) Arnaud, *Le Panislamisme et la France;* Revue franco-musulmane et saharienne, septembre 1902, p. 33.

indigènes, est donc, nettement, une politique d'assimilation. Si bien que c'est en ce pays, semble-t-il, que l'action de la civilisation chrétienne a atteint son maximum d'intensité, là, par conséquent, qu'elle a dû donner son maximum de résultats, — et si, au contact de la civilisation chrétienne, les Musulmans doivent évoluer, c'est en Algérie que cette évolution doit se dessiner avec le plus de netteté.

49. — Or, les conceptions traditionnelles de nos Musulmans, touchant le droit de famille, ont-elles subi quelque transformation ? — Il ne paraît pas que, jusqu'à présent, elles se soient sensiblement modifiées. Les indigènes algériens restent fortement attachés à celles de leurs lois qui gouvernent leur état et leur capacité, et ne profitent guère des facilités qu'on leur donne pour se placer sous l'empire du statut personnel français. C'est ainsi, qu'en 1907, alors que les derniers recensements accusent une population musulmane de 4.418.063 individus, le chiffre des naturalisations concédées à des indigènes ne s'est élevé qu'à 43, — et que, pour une période de temps allant de l'année 1865 à l'année 1907, le chiffre de ces naturalisations n'a pas dépassé 1.405 (1).

De même, les mariages entre Musulmans et Européennes ou Juives sont relativement rares. Si les statistiques, pour l'année 1907, accusent, en effet, 26 mariages entre Musulmans et Européennes, elles en enregistrent 2, seulement, pour l'année 1906.

D'autre part, les efforts faits par l'Administration pour déterminer les indigènes à renoncer à la vie nomade ont été, la plupart du temps, couronnés d'insuccès. Le village indigène d'Aïn-Mahbet, fondé, il y a quelque quarante ans, aux environs de Djelfa, a été déserté par la plupart de ses habitants. — Dans la région du Djebel-Amour, nombre de ksours sont, aujourd'hui, abandonnés, leurs habitants préférant vivre sous la tente, plutôt que de rester confinés dans des maisons (2). — Et près

(1) Statistique générale de l'Algérie ; année 1907.

(2) Fabre, *Monographie de la commune indigène de Tiaret-Aflou ;* Bulletin de la Société de géographie d'Oran, juillet-septembre 1902, p. 268.

d'Aïn-el-Ibel, l'on voit un ksar en ruines où le général Margueritte a cherché, mais en vain, à retenir les nomades de la région (1).

Enfin, il est fréquent de voir des officiers indigènes qui, pendant des années, ont vécu de la vie de nos officiers, regagner, une fois retraités, la tente ou le gourbi, et renoncer à un genre d'existence dont, semble-t-il, au contact permanent et prolongé d'Européens, ils auraient dû prendre l'habitude et le goût.

50. — Or, il n'est pas douteux que, dans une très large mesure, cet état de choses s'explique par ce fait que la foi musulmane s'est conservée à peu près intacte en Algérie. Il est possible, qu'en certaines villes, l'on rencontre des Musulmans non croyants ; mais ceux qui, à Alger, par exemple, s'abstiennent des pratiques de leur religion, — qui, notamment, n'observent plus, d'une façon stricte, le jeûne du Ramdhan, sont très peu nombreux, et constituent une minorité infime, tout à fait négligeable.

C'est qu'en effet, l'islamisme ne compte guère d'apostats (2) ; et les missionnaires chrétiens, eux-mêmes, ont dû reconnaître l'inutilité de leurs efforts et renoncer à toute tentative de conversion (3).

Et comme, pour les Musulmans, le droit et la religion se confondent, nos indigènes estiment qu'ils ne pourraient, sans se rendre coupables d'apostasie, renoncer à leur droit traditionnel de famille pour ne plus relever, au point de vue du statut personnel, que de la loi française. « La distinction du

---

(1) Chobaut, *Voyage chez les Beni-Mzab*, p. 30.

(2) De Castries, l'*Islam*, p. 211.

(3) De Castries, *op. cit.*, p. 213 et 214 ; — Mgr Le Roy : « En ce qui concerne l'action que les missionnaires chrétiens peuvent avoir sur le monde islamique, j'estime qu'il n'y a qu'une chose à faire actuellement avec les Musulmans : c'est de les laisser tranquilles » (Congrès international de sociologie coloniale, 1900, t. I, p. 378 et 379) ; — Basset, *Quest. dipl. et col.*, 1er octobre 1901, p. 388. — Cf. Bonet-Maury, l'*Islamisme et le Christianisme en Afrique*, p. 264 et suiv. — Nous avons constaté, en 1902, la même manière de voir chez les Pères Blancs de Ghardaïa (Mzab). — Binger, *loc. cit.*, n° 4, p. 139 et 141.

civil et du religieux, dit, en effet, Abou Bekr Abdesselam ben Choaïb, que les législations européennes, petites-filles du droit romain, consacrent, est incompréhensible aux yeux des Musulmans. Le droit « *figh* » est une partie de la religion « *din* », et la religion « *din* » n'est point autre chose que le droit « *figh* ». Dans ces conditions, il est certain qu'aux yeux de l'orthodoxie musulmane un abandon, même partiel, du droit civil, aurait le caractère d'apostasie. On ne renonce pas facilement à des règles qui, soit qu'elles concernent le régime successoral, ou l'organisation familiale, ou les preuves judiciaires, ont également une origine divine » (1).

Mais il est bon de remarquer que, si les Musulmans tiennent pour incompréhensible la distinction du civil et du religieux, il s'en faut de beaucoup que les doctrines religieuses de l'Islam n'aient point évolué. « L'islamisme de nos jours, en effet, est loin de ressembler à l'islamisme idéal (non réel), que les théologiens se figurent avoir existé au temps des quatre premiers khalifes. Envahi par les doctrines persanes du *Soufisme*, la religion de l'Islam n'a cessé depuis longtemps d'évoluer vers le mysticisme. Théoriquement, dogmatiquement, elle n'a pas changé ; en fait, elle n'est qu'un voile jeté sur les anciennes croyances populaires déformées, et sur les doctrines hétérodoxes qui aboutissent à un véritable panthéisme » (2). — De même, dans le Moghreb, le goût des Berbères pour le culte de l'homme a provoqué, en dépit de leur islamisation, un développement extraordinaire du maraboutisme, c'est-à-dire du culte des saints (3). — En somme, dans toutes les contrées où il a pénétré, l'islamisme a subi l'empreinte des traditions et des croyances locales, et n'est plus, dans la plupart des cas, qu'une adaptation de la lettre coranique à ces croyances et à ces traditions locales. — D'autre part, nous l'avons montré précédemment (4), les Musulmans des premiers siècles de l'Hégire n'ont point hésité,

(1) *Congrès international de sociologie coloniale*, 1900, t. II, p. 146.
(2) Cahun, *Le monde islamique*, *loc. cit.*, p. 544.
(3) Doutté, *L'Islam algérien en 1900*, p. 38 et suiv.
(4) V. *sup.*, nos 22, 33 et 39.

en différentes circonstances, à ne tenir aucun compte de prescriptions formelles, impératives du Coran, qui allaient à l'encontre de certaines coutumes qui leur étaient particulièrement chères. — Enfin, Sawas Pacha a montré que rien n'était plus facile que « d'islamiser toutes les vérités, de les asseoir sur des bases absolument orthodoxes, et de les rendre, par conséquent, non seulement acceptables, mais obligatoires pour la conscience mahométane » (1).

En sorte que l'attachement des Musulmans à leur religion, non plus que la confusion qui existe, dans leur esprit, entre le domaine du droit et celui de la religion, ne suffisent à expliquer la répugnance des indigènes pour nos institutions, et leur désir de conserver leur statut personnel, désir si sérieux qu'Abou Bekr Abdesselam ben Choaïb a pu écrire qu'une naturalisation « courrait le risque de blesser la grande masse de la population algérienne musulmane, et de remplacer dans son cœur l'amour profond de la France par un sentiment beaucoup moins doux » (2).

51. — Cette répugnance des indigènes pour nos institutions s'expliquerait-elle, alors, par ce fait qu'ils ne nous connaissent pas ou nous connaissent mal, parce que nous aurions négligé de les instruire de ces institutions et d'attirer leur attention sur les côtés séduisants ou avantageux de notre civilisation ? — En aucune manière. La France a fait beaucoup, en Algérie, pour l'instruction des indigènes (3) ; mais l'on est obligé de reconnaître, qu'à l'heure actuelle encore, les résultats de ces efforts sont à peu près nuls. Il ne faut pas, en effet, se faire illusion sur l'importance du mouvement que décèle la constitution d'associations musulmanes, telles que la *Khaldounya* à

---

(1) Sawas Pacha, *op. cit.*, *Considérations préliminaires*, p. XXVII.

(2) *Congrès international de sociologie coloniale*, 1900, t. II, p. 146.

(3) Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. I, p. 435 et suiv. ; — Bernard, *L'instruction des indigènes de l'Algérie ;* Congrès international de sociologie coloniale, 1900, t. II, p. 379 et suiv. ; Voir, en outre, les procès-verbaux de ce Congrès, t. I, p. 541 et suiv.

Tunis (1), la *Rachidia* à Alger, le cercle *Salah Bey* à Constantine (2), ou le *Progrès Saharidjien* en Kabylie (3), destinées à répandre la connaissance de la science moderne au milieu de l'élément indigène, et à contribuer au progrès moral et matériel de cet élément. Il s'agit là, en effet, d'un mouvement tout à fait superficiel, qui ne groupe que quelques individualités constituant un petit état-major sans troupes et sans aucune influence sur la population musulmane (4).

Au reste, parmi les Musulmans qui semblent acquis aux idées modernes, en dehors de quelques-uns « pour qui l'amour de la civilisation n'est qu'un moyen de parvenir » (5), — et de quelques autres qui manifestent d'une réelle curiosité scientifique (6), et constituent l'embryon de ce que l'on pourrait appeler un parti « jeune turc », — les autres, c'est-à-dire la presque totalité, semblent plus attachés à leur religion, et plus convaincus de la supériorité de celle-ci que ne l'étaient leurs pères.

Cela tient, tout d'abord, à ce que « l'Islamisme, en présence du Christianisme, s'accentue et s'exalte » (7).

Cela tient surtout à ce que ceux à qui nous avons donné l'instruction, n'ont vu que les mauvais côtés de nos institutions, et n'ont été frappés, dans le spectacle de notre civilisation, que par les vices qu'elle entraîne. Aussi la croyance, qu'ils avaient, déjà, dans la supériorité de leur foi, s'en est-elle accrue. « A voir, dit, par exemple, Mohammed ben Rahal, les ravages que causent, chez l'Européen, la dissolution de la famille, la dépravation des mœurs, l'alcoolisme, le malthusianisme, l'agiotage, le surmenage, l'anarchie, l'amour effréné des richesses, les

---

(1) Émile Amar, *La Khaldounya* (Une université musulmane en Tunisie); *Rev. du monde mus.*, janvier 1907, p. 352 et suiv.

(2) *Rev. du monde mus.*, janvier-février 1909, p. 125.

(3) *Bul. réun. études alg.*, janvier 1909, p. 27.

(4) « Cette élite de gens instruits est une minorité ; la pénétration mutuelle des deux éléments français et indigène demeure très lente » (Lorin, *L'Afrique du Nord*, p. 370).

(5 et 6) Marçais, *Quest. dipl. et col.*, 1er octobre 1901, p. 401 et 402.

(7) Doutté, *Quest. dipl. et col.*, 1er octobre 1901, p. 396.

amusements formidables, les jouissances immodérées, une liberté licencieuse, on en arrive à se demander qui est le plus malade des deux, et si l'Islamisme ne serait pas pour lui un refuge et une branche de salut. Qui sait s'il pourra résister autant que le Musulman, n'ayant pas, comme lui, ce soutien inébranlable et indestructible : la Foi » (1). — Aussi, M. Doutté constate-t-il que « les Musulmans instruits sont ceux qui sont le plus éloignés de nous » (2).

52. — Et, il faut bien reconnaître qu'il n'en pouvait être autrement. Les idées, les tendances, les aspirations d'un peuple sont toujours commandées par l'hérédité et le milieu ; elles sont en rapport étroit avec son état social et ses besoins économiques ; et il ne suffit pas, pour que ces tendances se modifient et que ce peuple s'assimile des idées nouvelles, qu'il ait entendu formuler ces dernières. Il faut qu'il les comprenne ; et il ne les comprendra que le jour où il aura senti le profit qu'il lui est possible d'en retirer, c'est-à-dire le jour où son état social se sera modifié, et où des besoins économiques nouveaux se seront manifestés.

Mais, l'état social de nos Musulmans d'Algérie, de même que les conditions économiques dans lesquelles ils vivent, diffèrent encore notablement des nôtres ; nos besoins ne sont pas les leurs. Si bien que, tant qu'il en sera ainsi, nos Musulmans continueront à n'apercevoir que les conséquences fâcheuses que peut avoir le fonctionnement de nos institutions, à ne voir que les mauvais côtés de notre régime économique, à être surtout frappés de ce fait que « la lutte des classes qui déchire le monde civilisé est inconnue en pays d'Islam » (3). — Mais que leurs besoins viennent à s'accroître et à se rapprocher des nôtres, et alors ils évolueront à leur tour, car « la manière de produire et de vivre est le grand facteur de l'évolution de la race humaine..., et l'histoire prouve que les moyens de produire ont changé

(1) *Quest. dipl. et col.*, 1er novembre 1901, p. 545.
(2) *Loc. cit.*
(3) Mohammed ben Rahal, *loc. cit.*, p. 541.

d'une manière définitive et irrévocable les mœurs, les lois, le développement intellectuel et l'organisation du travail » (1).

53. — Or, il semble, qu'à l'heure actuelle, se manifestent quelques tendances à un rapprochement entre Musulmans et Européens, provoquées par une communauté d'intérêts économiques. Dans les villes, les ouvriers indigènes vivent, de plus en plus, de la vie des nôtres et commencent à fraterniser avec eux (2). — De même, dans les régions où s'est développée la colonisation européenne, les progrès de celle-ci ont eu pour conséquence fatale la dépossession progressive des indigènes. « Les Européens ont acheté la majeure partie des terres des indigènes, dont les anciens propriétaires sont devenus leurs fermiers, leurs khammès ou leurs ouvriers. Fatalement, rapidement, il se constitue, en Algérie, un prolétariat indigène dénué de tout » (3). C'est là une situation, à certains égards, grosse de périls, mais qui marque le point de départ d'un rapprochement entre l'élément musulman et l'élément européen, basé sur la conscience d'une communauté d'intérêts dérivant d'une parité de situations.

C'est ainsi que M. Le Chatelier constate que « les rapports de l'ouvrier français avec l'ouvrier musulman sont empreints d'une réelle cordialité » (4). — Et M. Doutté remarque que « les unions

---

(1) Van Kol, *Congrès international de sociologie coloniale*, 1900, t. I, p. 361.

(2) Le Chatelier, *op. cit.*, p. 174; Doutté, *Quest. dipl. et col.*, 1er octobre 1901, p. 396; Marçais, *eod. loc.*, p. 400.

(3) Demontès, *La Stidia;* Bul. de la Soc. de géog. d'Alger, 3e tr. 1902, p. 401; — Arnaud, *loc. cit.*, p. 36. — En quelques régions de l'Algérie, cependant, dans l'arrondissement d'Orléansville, par exemple, l'on constate le phénomène inverse. Les indigènes rachètent des Européens qui, peu à peu, sont éliminés (Boyer-Banse, *La propriété indigène dans l'arrondissement d'Orléansville*, p. 90 et suiv.). Mais c'est là une situation tout à fait exceptionnelle. Il est à remarquer, d'autre part, que là où elle se rencontre, on remarque une tendance au développement de la grande propriété indigène, au préjudice, non seulement de l'élément européen, mais aussi de l'élément indigène. Il n'y a pas tendance au rétablissement du *statu quo ante*, mais accaparement de la propriété par le fait de quelques capitalistes indigènes; ce qui, au point de vue de l'intérêt général, présente des inconvénients identiques (Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, p. 918 et suiv.).

(4) Le Chatelier, *op. cit.*, p. 175.

irrégulières entre indigènes et Européens sont, dans la classe laborieuse, beaucoup plus fréquentes qu'on ne se le figure ; ... que les exemples d'amitié fidèle et de dévouement sont innombrables ; ... et que c'est parmi les travailleurs que nous comptons le plus de musulmans amis » (1). — Enfin, au Congrès du Parti socialiste ouvrier algérien, qui s'est tenu à Constantine en octobre 1902, l'un des orateurs est venu déclarer que « l'indigène commence parfaitement à comprendre la solidarité ouvrière » (2), ajoutant qu'il était possible de faire des indigènes des citoyens conscients, surtout si, à l'enseignement du français, l'on joignait un enseignement professionnel.

Ici, encore, par conséquent, c'est la transformation économique qui paraît devoir être le facteur le plus puissant de l'évolution sociale ; — et, comme l'a dit M. Le Chatelier, et, après lui, M. Doutté, si un rapprochement doit se faire entre les deux races, c'est par en bas, et non par en haut, qu'il est destiné à se réaliser (3).

---

(1) Doutté, *loc. cit.*, p. 396 et 397.

(2) Paoli, *Les Congrès socialistes algériens ;* Rev. socialiste, janvier 1903, p. 62.

(3) Le Chatelier, *op. cit.*, p. 177 ; — Doutté, *loc. cit.*, p. 396.

II

LE MARIAGE

II

LE MARIAGE

1. — La famille moderne est fondée sur le mariage. C'est par lui que, normalement, elle se constitue et se développe.

En fut-il toujours ainsi ? — C'est là une question fort discutée. D'après Sumner-Maine, « la famille basée sur le mariage paraît avoir été le premier groupe social » (1). Westermarck est, également, d'avis que « le lien unissant le mari, la femme et les enfants était le principal, sinon le seul facteur des premières formes de la vie sociale de l'homme » (2). — D'autres, au contraire, pensent que la promiscuité se rencontre à l'origine de toutes les sociétés humaines (3).

Or, il semble bien que l'existence menée par les Arabes de l'époque préislamique fournisse un argument à l'appui de cette dernière manière de voir, car, à l'époque de Strabon, notamment, ils vivaient dans la plus complète promiscuité, pratiquant la communauté des femmes comme celle des biens (4).

2. — Mais, dès avant la venue du Prophète, cet état de choses s'était très notablement modifié. De la promiscuité complète, en effet, dans laquelle vivaient les Arabes au temps de Strabon, l'on voit se dégager une sorte de promiscuité limitée, puis, s'introduire la pratique, suivant les régions et le degré de civilisa-

(1) Sumner-Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, trad. française, 1884, p. 255 et suiv.

(2) Westermarck, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, trad. de Varigny, p. 504.

(3) Gr. Encyclopédie, v° *Famille*, p. 1148 et suiv.

(4) Strabon, XVI, ch. IV, 25.

tion des tribus, de certaines unions plus ou moins grossières, plus ou moins durables, et dont certaines, comme le mariage temporaire, chez les Chiites, ont survécu aux réformes réalisées par le Prophète.

On lit, par exemple, dans El-Bokhari, qu'à l'époque de la *Djahilyya* ou de l'ignorance, il était quatre sortes de mariages : « Le premier de ces mariages se faisait comme le mariage actuel : L'homme adressait la demande en mariage au tuteur de la femme ou à son père ; il lui assignait une dot et consommait ensuite le mariage. — La seconde sorte de mariage avait lieu de la façon suivante : L'homme disait à sa femme : « Quand tu seras purifiée de tes menstrues, envoie dire à un tel que tu demandes à cohabiter avec lui. » Le mari alors s'isolait de sa femme, et ne la touchait point tant qu'elle ne montrait point les indices d'une grossesse provenant de la cohabitation avec cet homme. Aussitôt que la grossesse s'était manifestée, le mari reprenait, s'il le voulait, ses rapports conjugaux avec sa femme. Cette sorte de mariage ne se pratiquait que dans le but d'avoir un enfant, et s'appelait نكاح الاستبضاع. — La troisième sorte de mariage se pratiquait ainsi : Un groupe d'individus, de dix au maximum, avaient chacun des rapports avec une même femme. Quand cette femme était devenue enceinte, qu'elle avait accouché, et qu'il s'était passé un certain nombre de jours après son accouchement, elle mandait ces divers individus et aucun d'eux ne pouvait se dispenser de venir. Puis, lorsqu'ils étaient tous réunis auprès d'elle, elle leur tenait le discours suivant : « Vous savez ce qui est résulté de vos rapports avec moi ; je viens d'avoir un enfant. Cet enfant est ton fils, ô un tel, donne-lui le nom que tu désires. » La paternité de l'enfant était, dès lors, attribuée à cet homme qui ne pouvait se soustraire à cette obligation. La quatrième sorte de mariage était ainsi pratiquée : « Un grand nombre d'individus avaient des rapports avec une même femme qui ne se refusait à aucun de ceux qui se présentaient. Ces prostituées plantaient devant leur porte un drapeau qui leur servait d'enseigne. Quiconque le désirait n'avait qu'à entrer. Lorsqu'une de ces femmes devenait enceinte et accouchait, tous

ses clients se réunissaient chez elle. On convoquait les physionomistes, qui attribuaient l'enfant à celui qu'ils jugeaient être le père. Dès lors, cet enfant était déclaré son fils, et il ne pouvait échapper à cela » (1).

D'autre part, au temps d'Ammien Marcellin, les Arabes pratiquaient une sorte de mariage temporaire (2). La femme se louait pour un prix et pour un temps déterminés, et offrait à l'homme, pour don de mariage, une lance et une tente.

Les historiens relatent, également, la pratique d'unions susceptibles d'être dissoutes à tout moment, au gré de l'un quelconque des époux, par la seule volonté de la femme, aussi bien que par la volonté exclusive du mari. C'est ainsi que Salma, d'une illustre famille nadjaride, « ne se maria jamais qu'à condition de rester libre de disposer d'elle-même, c'est-à-dire à condition que, si quelque chose lui déplaisait dans celui qu'elle acceptait pour mari, elle le quitterait quand elle voudrait » (3) ; — et qu'Oumm Kharidja prit successivement plus de quarante maris, appartenant à plus de vingt tribus différentes (4). — Les femmes qui jouissaient, ainsi, de la faculté de répudier leur mari, avaient une façon assez originale de témoigner leur intention ; « elles l'annonçaient en faisant faire volte-face à leur tente, c'est-à-dire en la tournant de manière à ce que la portière fût placée du côté directement opposé à celui sur lequel elle s'ouvrait auparavant. Ce changement indiquait au mari qu'il avait perdu son titre et que l'entrée lui était désormais interdite » (5).

Les historiens signalent, enfin, la fréquence des mariages par capture, et montrent l'enlèvement des filles et des femmes « comme un vol des plus enviés de tribu à tribu » (6).

---

(1) El-Bokhari, *Çahih*, titre LXVII, ch. XXXVII ; *trad. Houdas*, t. III, p. 565.

(2) XIV, 4 ; — Wilken, *Das Matriarchat bei den alten Arabern*, p. 9.

(3) Perron, *Femmes arabes avant et depuis l'islamisme*, p. 235 et 236 ; — Caussin de Perceval, *Essai sur l'histoire des Arabes*, t. I, p. 257.

(4) Wilken, *op. cit.*, p. 23.

(5) Caussin de Perceval, *op. cit.*, t. II, p. 625.

(6) Perron, *op. cit.*, p. 88.

Toujours est-il qu'à la veille du jour où va s'ouvrir l'ère musulmane, le mariage le plus communément pratiqué et, aussi, le plus honoré (1), c'est le mariage négocié avec les parents de la femme et conclu, sans limitation de durée, moyennant le paiement d'une dot par le mari (2).

3. — Qu'était-ce, exactement, que ce mariage ainsi conclu, sans limitation de durée, moyennant le paiement d'une dot ? — On considère, généralement, que c'était le mariage par achat (3). Wilken, toutefois, l'a contesté. Il ne prétend pas, il est vrai, que le mariage par achat soit demeuré inconnu des Arabes de l'époque préislamique, mais il soutient qu'il n'était pratiqué, par eux, qu'exceptionnellement, et que la règle, c'était le mariage volontaire, avec accord des deux parties, basé sur le mutuel consentement et l'affection maritale. Tout mariage, à la vérité, supposait une dot ou *mahr ;* mais, cette dot n'était pas un prix d'achat : c'était une *donatio compensandi usus puellæ* (4).

Pour Wilken, en effet, le système familial dominant, chez les Arabes de l'époque préislamique, aurait été le matriarchat ; et il n'est pas douteux que la pratique du mariage par achat semble difficilement conciliable avec un semblable régime. Aussi, Wilken s'est-il attaché à établir que la situation de la femme, dans l'ancienne société arabe, était toute différente de celle que lui eût faite la pratique du mariage par achat (5).

Il ne semble pas que cette démonstration ait été fournie. Mais, quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur ce point, et, quand bien même, à l'époque qui nous occupe, le mariage par achat n'aurait pas constitué la règle, un fait est certain, c'est que, normalement, tout mariage suppose une dot, et que l'obli-

---

(1) « L'union, dit Hozeïlah, se doit consentir à la condition d'un douaire ; l'union illicite que tu me conseilles, c'est l'infamie » (Perron, *op. cit.*, p. 54).

(2) « Au VIIe siècle, chez la plupart des tribus arabes, c'est en payant un prix déterminé aux parents de sa future que l'homme contracte mariage » (Marçais, *Des parents et alliés successibles en droit musulman*, p. 16).

(3) *Eod. loc.*, p. 17.

(4) Wilken, *op. cit.*, p. 63 et suiv.

(5) *Op. cit.*, p. 63 à 72.

gation, pour le mari, de payer cette dot est la contre-partie d'un droit acquis par lui sur la personne de la femme. La dot a donc bien, à cette époque, aux yeux de tous, le caractère d'un prix d'achat à payer par le mari. Que le droit acheté par le mari soit un droit de propriété ou un simple droit d'usage, que la femme soit cédée en pleine propriété au mari par ses parents, ou que ce soit la femme qui, elle-même, cède au mari certain droit d'usage sur sa personne, peu importe au point de vue de la nature juridique de la convention intervenue. Cette convention est toujours une vente, puisque, dans un cas comme dans l'autre, on ne peut voir, dans le paiement de la dot, que le paiement d'un prix à l'occasion d'une acquisition réalisée par le mari.

4. — En quoi les réformes coraniques ont-elles modifié les usages reçus à l'époque préislamique ? — Si, parmi les unions ci-dessus décrites, plusieurs, d'un type assez primitif, au nombre desquelles le mariage temporaire ou de jouissance, ont survécu à ces réformes (1), il ne semble pas qu'elles y aient survécu bien longtemps. Au contraire, le mariage négocié et conclu avec les parents de la femme, moyennant le paiement d'une dot par le mari, admis par le Coran, ne tarde pas à être le seul pratiqué. Dans le Coran, en effet, l'idée de mariage et celle de dot sont constamment associées (2), et le hadits ci-dessus relaté représente ce mariage comme le « mariage actuel », comme « le mariage des gens d'aujourd'hui ».

5. — Mais, l'institution s'est-elle maintenue avec le caractère de vente qu'elle avait à l'époque préislamique, et la dot est-elle restée, pour les peuples soumis à la loi de l'Islam, ce qu'elle était autrefois, c'est-à-dire le prix payé par le mari en échange d'un droit acquis par lui sur la personne de la femme ?

Certains ont prétendu que le mariage musulman était un

---

(1) Wilken, *op. cit.*, p. 31.

(2) Cf. Coran, IV, 3, 28, 29 ; V, 7.

contrat de vente, dans lequel la femme représentait la chose vendue et la dot constituait le prix de cette chose (1).

Mais d'autres ont contesté que le mariage eût ce caractère de vente et que la dot fût un prix d'achat. Ils ont vu, notamment, dans la dot, une institution destinée à conserver la dignité de l'union conjugale (2), garantissant l'indépendance de la femme (3), lui facilitant la preuve d'un mariage légalement contracté (4), lui assurant une indemnité pour le cas de répudiation injustifiée (5).

Il n'est pas douteux qu'en certaines législations, la législation hébraïque, par exemple, la dot constituée par le mari, à la femme, a cessé d'être le prix d'une vente et est, aujourd'hui, destinée à assurer l'existence de la femme à la dissolution du mariage. Ce qui le montre bien, c'est ce fait que le paiement de la dot n'est exigible qu'à la dissolution du mariage, et, seulement, dans le cas de dissolution par le décès du mari ou la répudiation (6).

Mais, la législation musulmane ne porte point la trace d'une semblable évolution. En droit musulman, en effet, la dot est due, de quelque manière que le mariage prenne fin, et encore qu'il prendrait fin par le décès de la femme ; et ce n'est pas, seulement, à compter de la dissolution du mariage que le paiement en est exigible, c'est pour partie au moment même de la conclusion du mariage, et pour partie après sa consommation (7). — D'autre part, si le législateur musulman a considéré, lui aussi, qu'il importait que l'existence de la femme, au cas de dissolution du mariage, fût assurée aux frais du mari, il n'a pas considéré que le mari se trouvât libéré de cette obligation, vis-

---

(1) Megnin, *Études sur l'islamisme et les mariages arabes*, p. 152 ; — Perron, *op. cit.*, p. 171.

(2) Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman, du statut personnel et des successions*, t. I, p. 54, n° 2.

(3 et 4) *Eod. loc.*, p. 94, n° 68.

(5) Dorys, *La femme turque*, p. 208 et 209.

(6) J. de Pavly, *Code civil et pénal du judaïsme*, art. 404.

(7) Khalil, *trad. Perron*, t. II, p. 434 ; — Ebn Acem, *Tohfat*, trad. Houdas et Martel, vers 344 et 345.

à-vis de sa femme, par ce seul fait qu'il l'avait dotée. La preuve en est, tout d'abord, dans ce fait, que le Coran a prescrit au mari de léguer à sa veuve le droit à l'entretien et au logement pendant un an (1) ; puis, abrogeant cette prescription, a reconnu à la veuve des droits dans la succession de son mari, et a fait d'elle une héritière *ab intestat* (2), — et, qu'au cas de répudiation, les docteurs musulmans recommandent au mari, à moins que la conduite de la femme n'ait justifié la répudiation, de faire à la femme répudiée un *don de consolation*, en rapport avec sa condition sociale et sa situation de fortune (3).

En sorte que, si le législateur musulman s'est préoccupé d'assurer, à la dissolution du mariage, l'existence et l'indépendance de la femme par de semblables moyens, c'est qu'il a estimé que la dot constituée à la femme avait une tout autre destination.

Enfin, ce qui montre bien que la constitution de dot n'est pas requise, uniquement, dans le but de permettre à la femme de rapporter « la preuve d'un mariage légalement contracté » (4), c'est ce fait que les docteurs musulmans font, de la constitution de dot, un élément essentiel de la validité du mariage ; qu'ils traitent de la dot à propos de la formation du mariage ; mais qu'ils ne parlent plus de cette dot, quand ils traitent, non plus de la formation, mais, simplement, de la preuve de ce mariage.

Et, la vérité, c'est que, pour les Musulmans, ainsi que nous nous proposons de l'établir, le mariage est resté ce qu'il était à l'époque préislamique, c'est-à-dire une convention de vente.

Dans certains rites, il est vrai, la doctrine a évolué sur ce point. C'est ainsi que, dans les rites hanéfite et chaféite, par exemple, on considère « qu'il n'y a pas connexion absolue entre le don nuptial et le mariage » (5), attendu que le mariage est un contrat d'association, ayant pour objet la procréation, et dont la notion, en conséquence, n'implique pas nécessaire-

(1) Coran, II, 241.
(2) Coran, IV, 14.
(3) Khalil, *trad. Perron*, t. II, p. 627 et 628.
(4) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 94, n° 68.
(5) Châràni, *La Balance*, trad. Perron, *éd. Luciani*, p. 222.

ment celle d'un bien donné à titre de rémunération (1). — Mais, si l'on remarque que, dans ces rites, au cas de mariage conclu sans stipulation d'une dot au profit de la femme, et même dans le cas de mariage conclu sous la condition qu'il n'y aura pas de dot, la femme a toujours droit au don nuptial coutumier (2), en sorte, qu'en fait, il n'y a jamais de mariage sans dot, — on arrive à cette conclusion que, dans ces rites, tout se passe comme s'il y avait « connexion absolue entre le don nuptial et le mariage », et, qu'en fin de compte, il ne semble pas que, pour les Hanéfites et les Chaféites, la conception traditionnelle du mariage se soit sensiblement modifiée.

Mais, ce que l'on est en droit d'affirmer et ce que nous nous proposons d'établir, c'est que, pour les docteurs malékites, tout au moins, le mariage est l'acquisition, par le mari, d'un droit d'usage sur la personne de la femme, — et, la dot, le prix de cette acquisition ; — et, qu'en fait, à l'heure actuelle, encore, en tous pays musulmans, en Algérie particulièrement, le mariage est la vente, en pleine propriété, de la femme au mari, — et, la dot, le prix de cette vente.

*
* *

6. — Que, pour les docteurs musulmans de l'École malékite, le mariage soit une vente, et, la dot, le prix de cette vente, c'est là ce qui résulte, manifestement, des textes suivants : « La dot, dit Khalil, est analogue au prix de vente » (3). « Quant à la dot, dit, également, Mohammed Elbachir Ettouati, les conditions sont les mêmes que pour le prix de vente » (4).

---

(1) Mohammed Zeïd el-Abani, *Chrah el-hakam ec-chra'ïa fi el-houal ec-chekhessia*, t. I, p. 24.

(2) Code du st. pers. égyptien, art. 76 ; — Nawawi, *Minhadj at-Talibin*, trad. Van den Berg, t. II, p. 384 à 386 ; — Ibn Qasim al-Ghazzi, *Fath al-Qarib*, trad. Van den Berg, p. 469 et 471 ; — Châràni, *op. cit.*, p. 223.

(3) Khalil, *Mariage et répudiation*, trad. Fagnan, p. 54.

(4) *Trad. Abribat*, p. 17.

A en croire certains commentateurs français, cependant, ces textes signifieraient, non que la dot est un prix de vente, mais, simplement, que le paiement de la dot obéit aux mêmes règles et est soumis aux mêmes conditions que le paiement du prix de vente (1). — Pour d'autres, en assimilant le mariage à une vente, les docteurs musulmans n'auraient eu d'autre but que d'indiquer que le mariage est un contrat synallagmatique (2).

Mais, l'on ne saurait prétendre sérieusement, qu'en établissant un rapprochement entre le mariage et la vente, les docteurs musulmans se sont uniquement proposé d'affirmer le caractère synallagmatique de la convention de mariage. Car, si tel avait été leur but, on ne s'expliquerait pas pourquoi, ce qu'ils disent du mariage, ils ne l'ont pas dit de tout autre contrat synallagmatique, pourquoi ils comparent à la vente, non pas tous les contrats synallagmatiques, mais certains d'entre eux seulement, comme le louage (3), par exemple. — Il est à remarquer, d'ailleurs, que les docteurs musulmans ont pris soin de préciser leur pensée ; ils ne se bornent pas, en effet, à formuler la comparaison ; ils en indiquent la portée pratique. C'est ainsi que Khalil, après avoir dit que « la dot est analogue au prix de vente » (4), ajoute que « les règles relatives à la responsabilité aux cas de perte, aux cas où il y a, soit pour le tout, soit pour partie, revendication ou vice rédhibitoire, sont les mêmes que dans la vente » (5). — Et le même jurisconsulte, en même temps qu'il compare le louage à la vente, déclare que les conditions requises pour la validité du contrat de louage sont les mêmes que celles qui sont requises pour la validité du contrat de vente (6). — En sorte que le rapprochement qu'établissent les docteurs musulmans entre la vente et certains contrats, est destiné à annoncer et à justifier cette règle que les contrats, dont s'agit, obéissent aux principes reçus en matière de vente.

---

(1) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, p. 54, n° 2.
(2) Zeys, *Essai d'un traité méthodique de droit musulman*, t. I, p. 10.
(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1062.
(4 et 5) *Trad. Fagnan*, p. 54.
(6) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1062.

Et, si ces contrats obéissent aux principes reçus en matière de vente, c'est qu'ils ne constituent que des aspects particuliers du contrat de vente. En ce qui concerne le louage, les jurisconsultes musulmans sont particulièrement nets. Le louage, disent-ils, est la vente de l'utilité d'une chose, moyennant un prix déterminé (1). — Ils le sont, peut-être, moins en ce qui concerne le mariage. Il n'en est pas moins vrai que, lorsqu'ils comparent le paiement de la dot au paiement d'un prix de vente, et qu'ils déclarent applicables au paiement de la dot les règles établies pour le paiement du prix de la vente, c'est, uniquement, parce que, dans leur esprit, le mariage n'est qu'une vente, dont la dot est le prix. — Que, pour ces docteurs, mariage et vente, dot et prix, soient synonymes, c'est là, pour nous, ce qui résulte, manifestement, des textes suivants : « Le mariage et la vente sont-ils valables, lit-on dans *La pierre de touche des fetwas*, d'Ahmed al-Wanscharisi, si les témoins n'ont pas pris connaissance de la *dot* ou du *prix* qu'on a omis de mentionner ? — Il est indispensable que le mari fixe une dot, l'acheteur un prix » (2). — « Le mariage, dit l'auteur du commentaire du code égyptien du statut personnel et des successions, voulant expliquer certaines solutions admises par les docteurs malékites et quelques docteurs chaféites, — est un contrat commutatif, comme la vente, et la dot est comme un prix de vente; et de même que la vente conclue sous la condition qu'il n'y aura pas de prix est nulle, de même est nul le mariage conclu sous la condition qu'il n'y aura pas de dot » (3).

7. — Ainsi, pour les jurisconsultes de l'École malékite, tout au moins, le mariage est une vente, et la dot en est le prix. Or, pour eux, ce prix est destiné à payer l'acquisition, par le mari, du droit à la jouissance de la femme. — Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter au passage suivant de Derdir : « la

(1) Ibn Arfa, dans Khalil, *trad. Seignette*, p. 339; — Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi, *trad. Goguyer*, p. 68.

(2) *Trad. Émile Amar*, p. 390.

(3) Mohammed Zeïd el-Abani, *op. cit.*, p. 24.

dot est ce qui est donné à la femme en compensation du droit à sa jouissance, acquis par le mari » (1), — ou à cet autre de Châràni : « la dot nuptiale est la condition même qui licite le mariage et *le droit de jouir de la femme* » (2).

*
* *

8. — Que si, maintenant, nous recherchons, non plus ce qu'est, en droit, le mariage, mais ce qu'il est en fait, — non plus ce qu'en disent les juristes, mais ce qu'en pensent, à l'heure actuelle encore, la grande majorité des Musulmans, nous constatons que le mariage n'est, en fin de compte, que l'acte par lequel un homme se rend acquéreur d'une femme et s'en fait transférer la propriété. « O mon frère, lit-on dans les *Mille et une Nuits*, que penses-tu demander à mon fils comme dot, pour lui donner ta fille ? » Et Chamseddin dit : « Je prendrai de ton fils, *comme prix de ma fille*, trois mille dinars d'or, trois vergers irrigables et trois villages des meilleures terres en Égypte » (3). — Cette conception du mariage ne s'est pas sensiblement modifiée ; elle est encore d'actualité.

A la vérité, en *Turquie*, en *Égypte*, la condition sociale de la femme s'est singulièrement améliorée au cours du siècle dernier ; et, par suite des transformations politiques qui se sont réalisées, récemment, en *Turquie*, elle est appelée à y devenir meilleure encore. La lecture de livres tels que : *Les Désenchantées*, de Loti, ou *Les Répudiées*, de Niya Salima, laisse, toutefois, cette impression qu'il s'en faut de beaucoup, encore, qu'en Égypte et en Turquie, à la conception traditionnelle du mariage, se soit substituée celle d'un contrat d'association dans lequel les époux se trouveraient placés sur un pied d'égalité.

D'autre part, il est incontestable qu'en Arabie, en Tunisie,

---

(1) Derdir, I, p. 314.
(2) *Op. cit.*, p. 222. — Cf. Milliot, *La femme musulmane au Maghreb*, n° 61.
(3) Trad. Mardrus, *édit. ill.*, t. I, p. 155.

en Algérie, au Maroc, cette conception s'est maintenue intacte, et que le mariage n'y est, en réalité, que l'achat d'une femme par un mari.

9. — « Chez les fellahs et chez les Arabes, écrit, en effet, le père Antonin Jaussen, la fille n'est point livrée au mari que ce dernier n'ait satisfait la cupidité du père. C'est lui qui gardera le *mahar* après avoir donné sa fille. En ce sens, le *mahar* constitue vraiment un prix ou un achat » (1). — Dans certaines provinces d'Arabie, on va même jusqu'à vendre les jeunes filles sur les marchés (2).

En *Tunisie,* lorsque les pères des futurs conjoints se sont mis d'accord et, notamment, ont réglé la question de la dot, une cérémonie a lieu, au cours de laquelle les notaires prennent acte du consentement réciproque des pères relativement à la dot, ainsi que du versement d'une partie de cette dot par le père du fiancé à celui de la future.

Or, ce versement d'une partie de la dot est exigible à compter de la conclusion du mariage, mais n'est exigible qu'à compter de cette conclusion ; en sorte que cette cérémonie, qu'on qualifie, quelquefois, improprement de fiançailles, constitue, à proprement parler, non la célébration des fiançailles, mais celle du mariage ; — et il est à remarquer que cette cérémonie est appelée *malak* (3). — Or, c'est là un mot qui éveille, manifestement, l'idée d'un transfert de propriété, et la cérémonie qu'il désigne n'est, vraisemblablement, ainsi nommée, que parce que l'événement important qui s'y accomplit, c'est un transfert de propriété, le transfert, au mari, de la propriété de la femme.

De même, en un certain nombre de régions de l'*Algérie,* à Bou-Saâda, Djelfa, Laghouat, notamment, le mariage de la fille non nubile donne lieu à la passation d'un acte, dit تمليك *(temlik).* Dans cet acte, se trouvent mentionnées toutes les conditions sous lesquelles le mariage est conclu, et à compter du

(1) *Op. cit.*, p. 49.
(2) Cf. Burckhardt, *Voyages en Arabie*, t. II, p. 319.
(3) La Tunisie, *Histoire et description,* t. I, p. 489.

moment où cet acte a été passé, les parties sont liées, l'une vis-à-vis de l'autre ; c'est ainsi que cet acte oblige le père de la fille à en faire la remise au mari, lorsqu'elle sera en état de supporter la consommation du mariage, et que, sur le seul vu de cet acte, et après constatation de l'état physique de sa fille, le père pourrait être judiciairement contraint d'en opérer la délivrance. Au moment de la livraison de la fille, un nouvel acte sera dressé, qui constatera, et l'aptitude physique de la fille au mariage, et cette livraison, et reproduira, le plus souvent, les clauses du *temlik* relatives à la dot. Mais, cet acte n'est, en réalité, destiné qu'à enregistrer l'exécution du *temlik;* il n'ajoute rien aux obligations qui, pour les parties, découlent de ce dernier. En sorte que la véritable convention de mariage, c'est le *temlik*. — Or, *temlik* signifie : acte translatif de propriété. Voilà qui montre bien que, pour nos indigènes musulmans, le mariage s'analyse dans le transfert de la propriété de la femme au mari.

A ce point de vue, d'ailleurs, la lecture des actes de *temlik* est particulièrement instructive. En voici deux que nous tenons de l'obligeance de M. Rimbaud, avocat à la Cour d'appel d'Alger, qui a bien voulu nous les communiquer, en même temps que tous les renseignements qu'il a recueillis sur le *temlik*, alors qu'il était interprète militaire à Bou-Saâda :

I

Dans le prétoire de la *Mahakma* de Bou-Saâda et par-devant le cadi actuel de ce tribunal, assisté de ses deux adouls.

Ont comparu :

1° Le jeune homme Ali ben Abdallah ben Salem, de la tribu des Oulad-Ameur, fraction des Oulad-Salah ;

2° Le vieillard M'hammed ben Sliman, des mêmes tribu et fraction.

Puis, *le second a transféré au premier la propriété de sa fille Hafsa*, actuellement âgée de douze ans environ, en sorte que cette dernière sera son épouse, lorsqu'elle aura atteint l'âge de la nubilité légale et un développement physique suffisant, dûment constaté.

La jeune fille demeurera sous la garde de son père, si bien que le présent acte n'en dépossédera pas ce dernier au profit du bénéficiaire de ce transfert.

Un second acte sera nécessaire à ces fins. Cet acte devra constater la nubilité de la vierge et son aptitude physique au mariage; contenir attribution d'une dot dont le montant est évalué à 150 francs, sur lesquels 75 francs serviront à faire l'achat de trois bijoux d'argent, savoir : un *souar* (bracelet), une paire de *khalkhal* et des *bezaïm* (agrafes). Le solde, soit 75 francs, demeurera à la charge de celui au profit duquel le présent transfert est stipulé, et sera exigible, en espèces, à l'expiration d'un délai de dix ans, qui commencera à courir à compter de la consommation du mariage.

Il est, en outre, stipulé que le premier des comparants versera au second une somme de 100 francs, le jour de la consommation du mariage des futurs conjoints.

Ainsi fait, à la date du....., etc.

II

Dans le prétoire de la *Mahakma*, etc.

Ont comparu :

1° Bouziane ben Ahmed, originaire des Oulad-Delbous, demeurant à Bou-Saâda, fraction des Mouaïnine, commerçant ;

2° Et, avec lui, Sliman ben Ahmed ben el-Felabi, de la même origine, actuellement en résidence à Bou-Saâda.

Puis, *le second a transféré au premier la propriété de sa fille*, nommée Messaouda, actuellement âgée de treize ans, selon la déclaration de son père, en sorte que ladite fille sera l'épouse du premier, lorsqu'elle aura atteint l'âge de la puberté légale et sera apte physiquement à supporter le mariage.

Le père ne se dessaisit pas de sa fille par le présent acte ; elle demeurera sous sa garde.

Un second acte devra être dressé qui constatera la nubilité de la vierge et son aptitude physique au mariage, et contiendra attribution de la dot d'usage, dont le montant est de 150 francs, sur lesquels 75 francs serviront à acheter trois bijoux d'argent à la future épouse, et le solde demeurera à la charge du bénéficiaire du présent transfert.

Toutes ces stipulations devront être mentionnées dans l'acte qui sera ultérieurement dressé.

Le père reconnaît, cependant, avoir touché, à la date de ce jour, la somme de 150 francs (1).

Au *Maroc*, enfin, on emploie, pour désigner l'acte qui lie les parties, le mot de *melak ;* à compter de cet acte, le jeune homme est dit *mellek ;* la jeune fille devient *mellaka* (2). — Or, ce sont là termes qui, tous, éveillent l'idée de propriété et de transfert de propriété. Si bien que là, comme partout ailleurs, dans le monde musulman, semble-t-il, le mariage nous apparaît comme un acte ayant pour objet de transférer au mari la propriété de la femme. Là, aussi, comme l'a constaté le regretté chef de la mission marocaine, M. Salmon, le mariage n'est qu'un contrat de vente (3).

---

(1) La dot, c'est-à-dire le prix moyennant lequel la fille est cédée, consiste, généralement, en une somme d'argent. — La quotité de cette somme varie, d'ailleurs, avec la condition sociale des futurs conjoints, la situation de fortune de leurs parents et les usages locaux. Dans la région de la Mitidja, le quantum de la dot varie de 100 à 3.000 francs ; pour les gens de condition moyenne, il est de 500 francs (Desparmet, *Arabe dialectal*, 2e période, p. 53 et 54). — A Tlemcen, la dot moyenne oscille entre 1.500 et 3.000 francs (Bel, *La population musulmane de Tlemcen*, p. 54).

Dans certaines régions de l'Algérie, à Dra-el-Mizan, à Ténès, notamment, ainsi qu'il résulte des renseignements qui nous ont été fournis par un magistrat algérien, M. Guyon-Vernier, il est d'usage, lorsque le fiancé n'est pas en situation de payer une dot en argent, qu'il loue, pendant un certain nombre d'années, ses services à son futur beau-père, en stipulant qu'à l'expiration du temps prévu, sa fiancée lui sera remise, sans qu'il ait à verser une somme quelconque à titre de dot. C'est, en somme, le contrat biblique conclu entre Jacob et Laban, et dont nous parle la Genèse (XXIX, 18).

(2) Salmon, *Les mariages musulmans à Tanger ;* Archives marocaines, t. I, p. 277.

(3) *Eod. loc.*, p. 276.

III

L'INTERDICTION

III

L'INTERDICTION

1. — Ibn Arfa définit l'interdiction : « un empêchement légal à l'exercice des droits sur la fortune » (1). Il y a donc interdiction dès l'instant où il y a empêchement à l'exercice des droits, c'est-à-dire dès l'instant où une personne se trouve frappée d'une incapacité d'exercice. L'interdit, c'est, en somme, pour les jurisconsultes musulmans, celui que, d'ordinaire, nous appelons un incapable. Aussi, ces jurisconsultes déclarent-ils interdites les personnes les plus diverses. « L'interdiction civile, dit Ibrahim Halebi, frappe six classes d'individus, savoir : les mineurs, les vieillards imbéciles, les insensés, les esclaves, les prodigues et les banqueroutiers » (2). Et Khalil nous apprend que « sont frappés d'interdiction : 1° les individus atteints d'une maladie de la nature de celles qui, au dire des médecins, se terminent mortellement dans la plupart des cas, comme la phtisie pulmonaire, le choléra, la fièvre maligne, la grossesse de sept mois ; 2° les condamnés à mort pour crimes ou les condamnés à l'amputation d'un membre, dans le cas où elle peut être mortelle ; 3° les individus présents sous les drapeaux en temps de guerre ; — non ceux qui sont atteints comme de gale ou qui sont en danger de mort comme les marins, même dans une tempête » (3).

(1) Khalil, *trad. Seignette,* p. 153.
(2) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. VI, p. 116.
(3) Khalil, *trad. Seignette,* art. 518.

2. — L'interdiction, dit Ibn Arfa, est un empêchement *légal* à l'exercice des droits sur la fortune. Dans la plupart des cas, en effet, l'interdiction est prononcée par la loi elle-même. Elle est alors édictée par elle en vue de situations normales et que tout homme se trouve appelé à traverser, telles que l'état de minorité, — ou comme conséquence de certaines condamnations, telles que celles à la peine de mort, c'est-à-dire de faits connus, certains, sur l'existence desquels aucun doute ne peut s'élever ; — et, tout naturellement, elle est encourue de plein droit.

Mais, dans certaines hypothèses, l'interdiction est motivée par des situations anormales, exceptionnelles, ou des faits tels que l'aliénation mentale, la prodigalité ou la faillite, dont l'existence n'est nullement évidente et peut être contestée. L'intervention d'une décision de justice, affirmant l'existence de ces faits ou la réalité de ces situations, est, alors, nécessaire. En sorte qu'en droit musulman, comme en droit français, à côté de l'interdiction légale, se rencontre une interdiction judiciaire.

3. — D'autre part, à s'en tenir à la définition d'Ibn Arfa, on pourrait être tenté de croire que l'interdiction enlève à l'interdit l'exercice de ses droits, mais lui en laisse la jouissance ; en d'autres termes, que la loi musulmane connaît les incapacités d'exercice, mais non les incapacités de jouissance. — Or, si dans certaines hypothèses, comme celles d'interdiction pour cause de minorité ou de démence, il y a près de l'interdit un tuteur chargé d'administrer son patrimoine, de le représenter dans l'accomplissement des divers actes de la vie civile et d'exercer ses droits, — dans d'autres, au contraire, comme celle de faillite, il n'est pas, à côté de celui qu'on dessaisit de ses biens, un tuteur ayant qualité pour les gérer en son nom. Le failli se voit enlever l'administration de son patrimoine (1), et, si ses créanciers sont envoyés en possession de ses biens, ce

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 436.

n'est pas avec mission de les administrer dans son intérêt, mais, simplement, pour leur permettre de les vendre et de se payer sur le prix. En sorte que, tant que dure le dessaisissement, le failli est incapable d'agir, et il n'est personne qui ait qualité pour le faire en son nom. Il s'agit donc là, non d'une incapacité d'exercice, mais bien d'une incapacité de jouissance.

La législation musulmane connaît donc, comme la législation française (1), et des incapacités d'exercice et des incapacités de jouissance.

4. — Enfin, l'interdiction n'entraîne pas toujours, ainsi que pourrait le donner à penser la définition d'Ibn Arfa, privation totale, soit de la jouissance, soit de l'exercice « des droits sur la fortune ». Les incapacités admises par la loi musulmane ne sont pas toutes générales. Dans certains cas, en effet, l'interdiction se traduit par une incapacité toute spéciale ; telle est, par exemple, l'interdiction qui frappe l'individu atteint d'une maladie mortelle, et qui laisse à celui-ci la faculté de « pourvoir à sa subsistance et à sa guérison, ou de disposer de ses biens à titre onéreux » (2).

5. — Seule, cependant, l'interdiction aboutissant à une incapacité complète sera étudiée ici. Encore ne sera-t-il pas traité de toutes les incapacités générales. Il en est certaines, en effet, dont l'étude est aujourd'hui dépourvue d'intérêt ; telle est celle qui atteint l'esclave, l'esclavage ayant été aboli par le décret du 27 avril 1848 ; telle, aussi, celle qui découle de certaines condamnations, pour apostasie par exemple (3), les indigènes musulmans, même ceux du territoire militaire algérien, ne relevant plus, au point de vue pénal, que de la législation française.

Il sera traité simplement de l'interdiction pour cause de

---

(1) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2e édit., p. 134 et suiv.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 519.

(3) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 249.

minorité, de démence ou de faillite. L'interdiction pour cause de faillite ne se justifie pas de la même manière que l'interdiction pour cause de minorité ou de démence ; celle-ci est établie dans l'intérêt de l'interdit lui-même, en vue d'assurer la bonne administration de son patrimoine ; celle-là constitue au contraire à l'égard de l'interdit une mesure de défiance et a pour but de l'empêcher de frauder ses créanciers. Aussi l'examen de cette dernière fera-t-il l'objet d'un chapitre spécial.

CHAPITRE I

DE L'INTERDICTION POUR CAUSE DE MINORITÉ OU DE DÉMENCE

6. — L'interdiction, qu'elle soit provoquée par la minorité ou qu'elle le soit par la démence, aboutit à la mise en tutelle de l'interdit. Cela explique que les jurisconsultes musulmans, Khalil entre autres, aient traité concurremment de ces deux causes d'interdiction, se bornant à indiquer, incidemment, les particularités que présentent, soit la tutelle du mineur, soit celle de l'aliéné.

Cette manière de procéder n'échappe pas à toute critique. Il existe, en effet, entre ces deux tutelles, des différences considérables, au point de vue notamment des faits qui donnent ouverture à la tutelle, — des personnes à qui elle peut être confiée, — de la manière dont elle est susceptible de prendre fin. Il est donc préférable d'étudier dans deux sections distinctes l'interdiction du mineur et celle de l'aliéné.

SECTION I

De l'interdiction pour cause de minorité.

7. — La loi musulmane connaît deux sortes de minorités : la minorité quant à la personne et la minorité quant aux biens. La minorité quant à la personne, pour les garçons tout au moins, a la durée de l'impuberté ; elle disparaît avec l'âge ou la manifestation physique de la puberté. Mais l'arrivée à la puberté laisse subsister la minorité quant aux biens ; l'individu maître de sa personne, capable d'en disposer, reste frappé d'interdiction (1).

(1) Tunis, 11 janvier 1897 ; *Rec. Alg.*, 1898, 2, 229.

Il ne faut pas dès lors s'étonner, qu'en droit musulman, la protection de la personne ait été organisée autrement que celle des biens, et que celui qui a la charge des intérêts pécuniaires du mineur n'ait pas nécessairement la garde de sa personne. Le tuteur de l'interdit pour cause de minorité n'a pas, en principe, à donner ses soins à la personne de son pupille. Il peut, le cas échéant, exercer sur la personne de ce dernier certains droits tels que celui de contrainte matrimoniale ; mais ces droits ne lui appartiennent pas en sa seule qualité de tuteur; ils dérivent de sa qualité de père ou de magistrat (1), — ou, s'il n'est que tuteur, de l'attribution qui lui en a été faite par le père ; le tuteur testamentaire ne possède, en effet, le droit de *djebr* qu'en vertu d'une clause spéciale du testament qui lui a conféré la tutelle (2). — Quant à la garde de l'enfant en bas âge, la *hadhanat*, elle est attribuée à certaines personnes déterminées, de préférence à des femmes.

L'interdiction pour cause de minorité, et la mise en tutelle qui en dérive, ont donc pour objet exclusif la protection des biens, la bonne gestion du patrimoine du mineur.

8. — L'interdiction pour cause de minorité est encourue de plein droit. Elle découle d'un état de fait déterminé et n'a pas à être prononcée par sentence du juge. Elle est légale, et non judiciaire.

Elle se traduit par la mise en tutelle de l'interdit ; en sorte que, tout mineur étant de plein droit interdit, tout mineur, chez les Musulmans, est en tutelle.

Les mineurs que la loi musulmane place en tutelle, ne sont donc pas, seulement, ceux qui sont affranchis de la puissance paternelle, ou ceux dont le père ou la mère est prédécédé. Le mineur musulman ne risque donc pas, comme le mineur français, par exemple, de se trouver soumis à deux régimes différents, — l'administration légale, si ses père et mère vivent

(1) Code du st. pers. égyptien, art. 37.

(2) Khalil, *trad. Perron*, t. II, p. 328 ; — Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. V, p. 312 et 313.

encore, — la tutelle, si les père et mère ou l'un d'eux seulement ont disparu. Il n'est, pour lui, qu'un seul régime : la tutelle. « Le père, dit, en effet, Khalil, est le tuteur légitime de ses enfants mineurs » (1) ; et le jurisconsulte ne distingue nullement suivant que la mère de l'enfant est ou non décédée.

§ 1. — *Dévolution de la tutelle.*

9. — Dans le rite malékite, les personnes qui peuvent être appelées à gérer la tutelle, sont : le père, — le tuteur désigné par le père dans son testament, — le tuteur nommé, dans son testament, par ce tuteur testamentaire, — le magistrat (2).

Chez les Hanéfites, la tutelle appartient, tout d'abord, au père. — A son décès, elle passe au tuteur testamentaire désigné par lui ; — puis, au tuteur nommé, dans son testament, par le tuteur testamentaire. — A défaut de ce dernier, la tutelle est dévolue à l'aïeul paternel le plus proche, puis au tuteur testamentaire nommé par cet aïeul, — puis au tuteur désigné, dans son testament, par ce tuteur testamentaire, — enfin, au magistrat (3).

10. — La mère n'a point, en principe, qualité pour donner un tuteur testamentaire à ses enfants mineurs. Ceci ne doit être entendu, toutefois, que sous le bénéfice des deux observations suivantes :

1° Le père peut avoir, par testament, confié à la mère la tutelle de ses enfants (4). — La mère peut alors, ainsi qu'en aurait le droit tout autre tuteur testamentaire, désigner un tuteur testamentaire qui la remplacera ;

2° Dans le rite malékite, la mère est autorisée, pour la

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 505.

(2) *Eod. loc.*, art. 505, 506, 507 et 2137.

(3) Code du st. pers. égyptien, art. 434, al. 2, 3 et 4; — *Medjellat*, art. 974. — Cf. Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. v, p. 312 et suiv.

(4) V. *infrà*, n° 13.

gestion des biens qu'elle laissera à ses enfants, à leur nommer un tuteur testamentaire. — Encore faut-il que ces biens soient de peu d'importance, et qu'il n'y ait pas de tuteur testamentaire désigné par le père (1).

11. — Le cadi est au dernier rang de ceux à qui la tutelle est susceptible d'être dévolue. Ce cadi, c'est celui du lieu où la tutelle s'est ouverte, c'est-à-dire celui du lieu où légalement se trouve domicilié le mineur (2).

Il est assez rare que le magistrat gère lui-même les biens de tous ses pupilles. Le grand nombre de ces derniers, — principalement chez les Malékites, où le cadi est investi de la tutelle lorsque le père est mort sans nommer de tuteur par testament, — s'oppose à ce qu'il puisse le faire. Le cadi a la faculté, dont il use fréquemment, de se substituer un mokaddem, lequel est, en fait, le véritable tuteur.

Mais, en droit, la qualité de tuteur reste fixée sur la tête du cadi ; le mokaddem n'intervient que comme délégué, comme mandataire du cadi. De là les conséquences suivantes :

a). — La désignation d'un mokaddem ne soustrait pas le cadi à l'obligation de rendre compte ; elle ne dégage pas sa responsabilité pécuniaire vis-à-vis du mineur (3).

b). — Dans le cas d'une instance à engager contre le pupille, c'est contre le cadi, et non contre le mokaddem, que la procédure doit être suivie (4).

c). — Le mineur est domicilié légalement, non chez le mokaddem, mais chez le cadi ; en sorte qu'un changement de domicile opéré par le mokaddem ne peut avoir pour conséquence de placer le pupille sous la tutelle d'un autre cadi (5).

---

(1) Khalil, *trad. Seignette,* art. 2138 ; — Mohammed Elbachir Ettouati, *trad. Abribat,* p. 88.

(2) Guelma, 1er juin 1893 ; *Rev. Alg.*, 1893, 2, 495.

(3) Alger, 1er juillet 1890 ; *Rev. Alg.*, 1890, 2, 496.

(4) Guelma, 22 janvier 1890 ; *J. Robe*, 1890, 293.

(5) Guelma, 1er juin 1893 ; *Rev. Alg.*, 1893, 2, 495.

d).'— Le cadi peut et doit contrôler les actes du mokaddem ; il le relève de ses fonctions quand bon lui semble (1).

Il est à remarquer, cependant, que le déplacement ou la destitution du cadi n'entraîne pas de plein droit révocation du mandat conféré au mokaddem (2). Il y a de ce fait une raison pratique. Si la destitution ou le déplacement du cadi emportait retrait de la délégation donnée par lui à son mokaddem, de nombreux mineurs se trouveraient subitement et simultanément sans tuteur. Toutefois, le nouveau cadi a, vis-à-vis du mokaddem maintenu en fonctions, bien qu'il ne l'ait pas nommé, les pouvoirs qui appartenaient à l'ancien (3).

12. — Quand le père meurt sans pourvoir à la tutelle de ses enfants mineurs, il se peut qu'un certain intervalle de temps s'écoule entre son décès et le moment où le cadi se trouvera en mesure de veiller à la défense des intérêts pécuniaires des orphelins. Tout naturellement, les parents, auxquels incombe la garde de ceux-ci, se chargeront de prendre, relativement à leurs biens, les mesures de conservation les plus urgentes. Mais, ce faisant, ils agiront comme gérants d'affaires, et non comme tuteurs ; la nécessité, sous la pression de laquelle ils interviendront, ne saurait leur conférer cette qualité, non plus que les droits et prérogatives y attachés (4).

13. — « La tutelle testamentaire, dit Khalil, n'est jamais confiée qu'à un Musulman qui soit majeur, sain de raison, probe et sûr, capable de remplir les fonctions que lui impose la tutelle » (5).

Musulman ; il faut, avant tout, soustraire le mineur à l'influence que sa situation de tuteur permettrait à l'infidèle

---

(1) Alger, Ch. de rev. mus., 9 juillet 1898 ; *Rev. Alg.*, 1898, 2, 435.

(2) Alger, 5 novembre 1892 ; *Rev. Alg.*, 1892, 2, 421.

(3) Alger, Ch. de rev. mus., 9 juillet 1898 ; *Rev. Alg.*, 1898, 2, 435.

(4) Khalil, *trad. Seignette,* art. 508 ; — Clavel, *Du statut personnel et des successions*, t. I, p. 353, n° 509 ; — Alger, 2 juillet 1878 ; *Bul. jud. Alg.*, 1879 p. 171 ; — V. *infrà*, n°s 47 et suiv.

(5) Khalil, *trad. Perron*, t. VI, p. 312 et 313.

d'exercer sur son pupille. *Majeur ;* la majorité requise, en la circonstance, est évidemment la majorité quant aux biens, puisque la dation d'un tuteur est motivée par ce fait que le pupille n'est pas en état de gérer son patrimoine. *Sain de raison, probe et sûr ;* cela n'a besoin d'être ni commenté, ni justifié. *Capable de remplir les fonctions que lui impose la tutelle ;* il s'agit ici, non de l'aptitude juridique à remplir les fonctions de tuteur (cette aptitude se trouvant impliquée par le fait même de la majorité), mais de l'aptitude physique. Voici, du reste, comment M. Seignette a traduit ce même passage de Khalil : « Les conditions requises pour être tuteur sont : ... 4° une aptitude physique suffisante » (1).

Il n'est pas, d'ailleurs, nécessaire que la personne désignée dans le testament soit du sexe masculin, pour qu'elle puisse être considérée comme ayant une aptitude physique suffisante à gérer la tutelle, car Khalil déclare en termes exprès que : « sont aptes à gérer la tutelle : les femmes » (2) ; et la mère, qui n'est pas tutrice légale (3), peut se voir conférer par le testament du père une mission que le législateur musulman n'a pas cru devoir lui confier.

14. — C'est seulement au cours des développements qu'il consacre à la tutelle testamentaire, que Khalil a pris soin d'indiquer les conditions requises pour être tuteur. Il n'en résulte pas que la loi musulmane n'ait pas, à l'égard du magistrat et du père, les mêmes exigences. On ne concevrait pas, en effet, que le cadi eût été investi des fonctions qu'il exerce, s'il ne satisfaisait à toutes ces conditions. Il est certain, d'autre part, qu'on ne saurait donner au père, non émancipé ou privé de raison, la tutelle de ses enfants ; on ne peut évidemment faire gérer des biens de mineurs par une personne incapable d'administrer sa propre fortune.

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2139.

(2) *Eod. loc.*, art. 2140.

(3) Tunis, 3 décembre 1894 ; *Rev. Alg.*, 1895, 2, 70.

15. — Au cas d'incapacité constatée chez celui auquel devrait être confiée la tutelle, celle-ci est dévolue conformément à l'ordre établi par la loi.

16. — En est-il de même, lorsque le tuteur désigné se refuse à remplir la mission qui lui est confiée ? En d'autres termes, la renonciation à la tutelle est-elle possible ?

Le tuteur testamentaire n'est jamais tenu d'accepter les fonctions qui lui sont dévolues (1). S'il les a, cependant, acceptées, mais du vivant du testateur, il peut, tant que celui-ci n'est pas mort, rétracter son acceptation (2). Mais si le testateur est mort avant toute rétractation, ou si l'acceptation n'a eu lieu qu'après le décès du testateur, le tuteur n'est plus admis à se rétracter (3).

Que le tuteur testamentaire ne puisse jamais être contraint d'accepter la tutelle, cela se conçoit. Ce peut être un simple particulier, étranger à la famille du pupille, et duquel on ne peut dire que les fonctions publiques dont il est investi, ou les obligations morales dont il peut être tenu vis-à-vis de l'incapable, le désignent pour une semblable mission. On ne voit pas quelle serait, en ce qui le concerne, la base juridique d'une obligation de gérer la tutelle. — Que, du vivant du testateur, il puisse rétracter son acceptation, cela est encore très raisonnable, puisqu'à ce moment le père est toujours en mesure de pourvoir à son remplacement. — Mais, que l'acceptation produite du vivant du testateur ne puisse être rétractée après le décès de ce dernier, cela est, aussi, très équitable ; car le retard mis à opérer cette rétractation a placé le testateur dans l'impossibilité de charger, à défaut de la première, une autre personne de confiance du soin d'administrer les biens de ses enfants. — Et, lorsque l'acceptation n'a eu lieu qu'après le décès du testateur, on s'explique très bien encore que la rétractation reste impos-

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2162 ; — Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. v, p. 313 et 314 ; — Alger, 1er mars 1899 ; *Rev. Alg.*, 1899, 2, 386.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2162.

(3) *Eod. loc.*, art. 2163 ; — Ebn Acem, *trad. Houdas et Martel*, vers 1365 ; — Mouradja d'Ohsson, *loc. cit.*

sible. L'acceptation a été spontanée, volontaire ; le tuteur pouvait très bien ne pas accepter ; mais, dès l'instant où il l'a fait, il est juste qu'on le contraigne d'éviter au pupille les inconvénients et les dommages qui pourraient résulter, pour ce dernier, d'un changement d'administration, de la désignation d'un nouveau tuteur.

Quant à ceux qui tiennent de la loi elle-même leur qualité de tuteurs, ils n'ont pas d'acceptation à fournir ; la loi leur impose la tutelle, et il ne saurait être, pour eux, question d'y renoncer. Il ne leur est pas permis de se soustraire à cette charge, parce qu'à raison de leur qualité de père ou de magistrat, la tutelle revêt à leur égard un véritable caractère d'ordre public (1). Au reste, la faculté pour le père ou le cadi d'administrer par mandataires tend à atténuer ce qu'au premier abord, cette solution a de rigoureux, — la tutelle, en raison même de sa durée, constituant, chez les Musulmans, une charge des plus lourdes.

§ 2. — *Rôle et pouvoirs du tuteur.*

17. — L'interdiction pour cause de minorité et la mise en tutelle qui en dérive, a-t-il été dit plus haut (2), ont pour objet exclusif la protection des biens, la bonne gestion du patrimoine du mineur, et celui qui a la charge des intérêts pécuniaires n'a pas nécessairement la garde de la personne du pupille. Aussi n'envisagerons-nous, ici, le rôle et les pouvoirs du tuteur qu'au point de vue de la conservation et de l'administration de la fortune de l'incapable, — abstraction faite du point de savoir comment la loi musulmane a assuré la protection de la personne de ce dernier, et sans rechercher si le tuteur, en raison de sa qualité de père ou de magistrat, n'a pas, par rapport à la personne du mineur, à jouer certain rôle ou à remplir certaines fonctions.

---

(1) Alger, 4 juillet 1870 et 14 mai 1872 ; arrêts cités par Sautayra et Cherbonneau, *Statut personnel et successions*, t. I, p. 364, n° 479.

(2) V. *suprà*, n° 7.

D'autre part, quand le tuteur est désigné par le père dans son testament, il se peut que la gestion des biens du pupille ne soit pas la seule mission qui lui soit confiée. Le tuteur est souvent un exécuteur testamentaire, l'administration de la tutelle ne constituant qu'une partie de son mandat (1). — Pour M. Zeys, cependant, « c'est par un véritable abus de mots que les traducteurs de Khalil ont introduit dans la langue juridique musulmane l'expression essentiellement française d' « exécuteur testamentaire ». Le *ouaci* est un tuteur testamentaire, et l'administration provisoire de la succession n'est que l'accessoire de sa mission. Quant à la délivrance des legs, elle n'est jamais dans ses attributions, car..., elle est essentiellement dans celles du cadi » (2). Le tuteur testamentaire ne serait donc que tuteur, et ne pourrait jamais être exécuteur testamentaire. — Cette manière de voir nous paraît inconciliable avec le texte suivant, emprunté à Châràni : « Abou Hanifah et Mâlek admettent qu'il est licite de prendre un étranger pour tuteur de ses enfants ou pour acquitter les dettes et recouvrer les créances, et pour *présider à l'emploi du tiers de la succession...* » (3). Quoi qu'il en soit, et sans nous préoccuper davantage de ce qu'a pu faire le père dans son testament, nous laisserons de côté tout ce qui concerne l'exécution proprement dite du testament, telle que le paiement des legs dans la limite du tiers disponible, ne voyant dans le tuteur testamentaire que celui à qui le testament a confié la garde des intérêts pécuniaires du mineur.

18. — On peut dire du tuteur musulman ce que l'art. 450 C. civ. dit du tuteur français : il administre le patrimoine de son pupille et le représente dans tous les actes de la vie civile. Le mineur pourrait, il est vrai, intervenir à l'acte qui l'intéresse, pour y donner un consentement que compléterait l'autorisation

---

(1) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 343, n° 850 ; — Clavel, *Statut personnel et successions*, t. I, p. 337, n° 486.

(2) Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman algérien*, t. II, p. 226, n° 699.

(3) Châràni, *op. cit.*, p. 550.

du tuteur ; l'acte ainsi conclu serait pleinement valable (1). Mais, en principe, le tuteur a qualité pour agir seul, au nom et pour le compte du pupille, et celui-ci est considéré comme ayant été présent et partie à l'acte auquel, en fait, il est resté étranger (2). La règle est donc que le pupille n'a pas à agir, ou que, s'il agit, il ne peut agir seul.

19. — Il est, cependant, certains actes que la loi musulmane l'autorise à accomplir seul et sans l'assistance de son tuteur, à la condition, toutefois, qu'il soit pourvu de discernement. « Le testament du mineur, dit Khalil, est valable, comme celui du prodigue interdit, s'il est fait avec discernement... Pourra, néanmoins, l'incapable pourvu de discernement divorcer, avouer ou désavouer sa paternité, affranchir la mère de son enfant, poursuivre l'exercice du talion et y renoncer, se reconnaître coupable d'une faute entraînant une peine afflictive » (3).

Il s'agit, ici, d'actes à l'égard desquels la représentation ne se conçoit guère, et l'on s'explique très bien que des actes de cette nature ne puissent valoir sans la participation effective du mineur. Mais, l'on comprend moins aisément, à raison de leur gravité et des conséquences qu'ils peuvent avoir pour la fortune du pupille, que celui-ci se trouve dispensé de l'assistance de son tuteur. — Si l'on réfléchit, cependant, que le testament est une œuvre essentiellement personnelle et destinée à demeurer secrète, — que le divorce, la reconnaissance et le désaveu de paternité, par exemple, sont des actes dans lesquels les questions de sentiment tiennent une place prépondérante, les solutions consacrées, sur ce point, par le droit musulman, paraissent moins sujettes à critique, parce que, décider autrement, c'eût été risquer de retirer au mineur, non seulement l'exercice, mais aussi la jouissance de ses droits.

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 496 ; — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1354.

(2) Nombreux sont les textes qui donnent au tuteur qualité pour agir seul : Khalil, *trad. Seignette*, art. 505, 507, 509, 512, 2151, 2155, 2157 ; — Nombreux aussi ceux qui montrent que le législateur musulman a admis la représentation du mandant par le mandataire : V., notamment, Khalil, *trad. Seignette*, art. 682 et 683.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 498 et 500.

20. — Il est à remarquer, d'autre part, que le mineur s'oblige par ses délits et ses quasi-délits. « L'incapable, dit Khalil, répondra dans ses biens de la perte ou de la détérioration de la chose d'autrui » (1) ; — Ebn Acem déclare que « pour tout ce que fait périr un pupille, ses biens servent de garantie, suivant l'opinion générale » (2) ; — et, dans un jugement du 11 janvier 1897, le tribunal de Tunis a admis implicitement le principe que le mineur est tenu de réparer les conséquences de ses délits et quasi-délits (3).

On admet généralement, en droit français, que la responsabilité du mineur n'est engagée qu'autant qu'au moment où le délit ou quasi-délit a été commis, il était pourvu de discernement (4). — Le législateur musulman s'est montré moins indulgent pour le mineur. Khalil affirme, en effet, la responsabilité délictuelle de ce dernier, sans faire la moindre allusion à la question de discernement. « L'incapable, dit-il, répondra dans ses biens de la perte ou de la détérioration de la chose d'autrui » (5) ; et ce silence est, ici, d'autant plus caractéristique que, dans les passages qui suivent (6), parlant d'actes que le mineur est autorisé à accomplir seul, le jurisconsulte fait, du discernement, une condition de leur validité. Telle est, du reste, l'interprétation admise par M. Perron, car le savant traducteur commente ainsi le texte de Khalil où se trouve posé le principe de la responsabilité délictuelle du mineur : « Le mineur (jouissant ou non de la raison et du discernement)... » (7). — L'art. 960 de la *Medjellat* est, d'ailleurs, formel en ce sens : « Lorsqu'un impubère *incapable de discerner*, y est-il dit, fait périr le bien d'autrui, il est responsable du dommage qu'il a causé. »

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 497.

(2) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1352.

(3) *Rev. Alg.*, 1898, 2, 229. — V., en outre, Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 118 ; — *Medjellat*, art. 916 et 960.

(4) Deschamps, *Le dol et la faute des incapables*, p. 25 ; — Planiol, *Traité élém. de dr. civ.*, t. II, n° 879.

(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 497.

(6) *Eod. loc.*, art. 498 et 500.

(7) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 63.

21. — Mais, en dehors de ces hypothèses particulières, où les biens du pupille peuvent se trouver engagés par un acte qu'il aurait accompli seul et sans la participation du tuteur, ou par son délit, la règle qui, dans la législation musulmane, a prévalu, est celle-ci : le tuteur a qualité pour agir seul, au nom et pour le compte du mineur ; il peut faire prononcer la nullité de tout acte de son pupille qu'il n'aurait pas autorisé (1).

Et, non seulement le tuteur peut agir au nom et pour le compte du mineur, mais, de plus, il a le *devoir* de le faire. « Il devra, dit, en effet, Khalil, pourvoir, sur les biens de la tutelle, à l'entretien du pupille... ; il devra pourvoir, dans la même mesure, aux frais de sa circoncision, aux dépenses de son mariage et à l'entretien de ses esclaves... ; il devra acquitter pour lui l'aumône obligatoire de la rupture du jeûne et la dîme légale... » (2). Le tuteur a donc le devoir de gérer, d'administrer ; il n'a pas la faculté de s'abstenir, de rester inactif, d'attendre que le pupille sollicite son intervention, et il devrait réparer le préjudice causé au mineur par son inaction, au même titre que le préjudice résultant d'une faute qu'il aurait commise dans la gestion de la tutelle.

22. — Donc, le tuteur doit gérer. Mais, en tant que gérant du patrimoine du mineur, quels sont les pouvoirs dont il dispose ? — Les jurisconsultes musulmans ne font point usage de formules générales qui donnent, d'une façon nette et précise, la mesure de ces pouvoirs. Khalil, par exemple, dans certains passages de son Précis, indique ce que doit faire le tuteur en vue de la conservation et de la mise en valeur des biens de son pupille (3) ; dans d'autres, il signale des actes que le tuteur ne peut accomplir que dans certaines conditions et sous certain contrôle (4) ; ailleurs, enfin, il énumère des actes qui lui sont complètement interdits (5). Mais, de la lecture des textes, se dégage cette

(1) Khalil, *trad. Seignette,* art. 495.
(2) *Eod. loc.,* art. 2152, 3 et 5.
(3) *Eod. loc.,* art. 2151, 2, 3, 5, 7.
(4) *Eod. loc.,* art. 507, 12.
(5) *Eod. loc.,* art. 509, 2144, 2158, 9.

impression, qu'en sa qualité de gérant du patrimoine du mineur, le tuteur peut faire, seul et librement, tout ce que bon lui semble, à l'exception, toutefois, de certains actes limitativement déterminés (1). En sorte que, pour préciser l'étendue des pouvoirs du tuteur musulman, il suffit d'indiquer les actes que la loi musulmane lui défend d'accomplir, et ceux qu'elle n'autorise que sous certaines réserves.

23. — *Actes interdits au tuteur.* — Il s'agit ici d'actes manifestement préjudiciables au mineur, ou dans lesquels le tuteur serait en opposition d'intérêts avec le pupille.

C'est ainsi que le tuteur ne peut disposer, par voie de donation, d'un bien appartenant au mineur (2), ni renoncer à la composition en argent due à ce dernier, à raison du crime ou du délit dont il aurait été victime (3). Des actes de cette nature ne peuvent qu'appauvrir le mineur, amoindrir son patrimoine sans aucune compensation. De même, le tuteur ne peut vendre un esclave dont les soins et les services sont utiles au pupille (4), la vente ne pouvant être avantageuse pour l'incapable, qu'elle priverait des services et des soins dont il a besoin.

D'autre part, il est bon que le tuteur s'abstienne de tout acte dans lequel ses intérêts seraient en opposition avec ceux du mineur, parce qu'il y a lieu de redouter qu'il ne sacrifie les intérêts de son pupille aux siens propres. Aussi, lui est-il défendu de placer les fonds du mineur dans un commerce ou dans une commandite dont il est gérant (5), et de se rendre acquéreur de biens appartenant au pupille, à moins qu'il ne s'agisse d'objets de valeur minime (6).

---

(1) En ce sens, Tr. Alger, 24 octobre 1905 ; *J. Robe*, 1906, p. 72. — Telle serait, pour MM. Aubry et Rau, la solution consacrée par la loi française. — V. Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. I, p. 446, note 1.

(2) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1355.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 509.

(4) *Eod. loc.*, art. 2144.

(5) *Eod. loc.*, art. 2158.

(6) *Eod. loc.*, art. 2159 et 61. — Il est des cas dans lesquels l'acte qui met en opposition les intérêts du tuteur et ceux du pupille ne peut être évité. C'est

24. — *Actes que le tuteur ne peut accomplir que dans certaines conditions et sous certain contrôle.* — Ce sont ceux qui ont pour objet l'aliénation à titre onéreux des immeubles du mineur. Non seulement ils n'appauvrissent pas ce dernier sans compensation, — puisqu'au bien aliéné se trouve substitué un bien acquis, — mais ils peuvent l'enrichir ou lui profiter, — puisque le bien acquis peut avoir une valeur supérieure à celle du bien aliéné, ou tout au moins présenter, pour le mineur, plus d'utilité. Aussi, les actes de ce genre sont-ils permis au tuteur. Toutefois, comme ils tendent à faire sortir du patrimoine du pupille un immeuble, c'est-à-dire l'un des éléments les plus importants de ce patrimoine, qu'ils peuvent en modifier la consistance et que les biens acquis ne sont pas nécessairement de nature et de valeur identiques à celles des biens aliénés, — ils peuvent avoir pour le mineur des conséquences graves et préjudiciables. On conçoit alors que, dans l'accomplissement de ces actes, le tuteur ne jouisse pas d'une complète liberté et soit placé sous la surveillance du magistrat. — Voilà pourquoi l'aliénation à titre onéreux des immeubles du mineur est soumise à l'approbation du cadi.

Quant au cadi, il ne peut autoriser l'aliénation que « pour cause d'une *nécessité absolue* ou d'un *avantage évident ;* — comme lorsque l'immeuble est grevé de droits seigneuriaux, ou indivis entre le mineur et des tiers, ou qu'il est devenu improductif et qu'il convient de faire remploi du prix en acquisition d'un immeuble plus avantageux ; comme aussi lorsque les copropriétaires sont des gens non musulmans ou mauvais voisins, ou lorsque la licitation est demandée et que le mineur n'a point de fonds pour acquérir la totalité ; — ou lorsqu'il y a crainte de dépréciation par suite d'un déplacement de population, ou que l'immeuble est en mauvais état, et que le mineur

---

là ce qui se produira dans l'hypothèse où il y aurait lieu de procéder au partage d'une succession à laquelle seraient appelés le pupille et le tuteur. Il faudrait, alors, faire nommer par le juge un tuteur *ad hoc*, chargé de représenter le mineur au partage. — Arg. code du st. pers. égyptien, art. 426, al. 2.

n'a pas de fonds disponibles pour les réparations, ou qu'il en a, mais qu'il soit préférable de vendre » (1).

Le cadi juge, du reste, souverainement, — les énumérations fournies par les textes étant purement énonciatives, — la question de savoir s'il y a avantage évident ou nécessité absolue.

Le cadi doit, en outre, et de là résultent de nouvelles garanties pour le mineur, veiller à ce que la vente se fasse aux enchères et au comptant, à ce que l'adjudication ait lieu au profit du dernier enchérisseur et à ce que le prix représente la valeur de l'immeuble adjugé (2).

Ce n'est pas, d'ailleurs, l'aliénation directe seulement, telle que celle qui résulte de la vente, qui se trouve soumise à l'approbation du cadi, — mais, aussi, tout acte susceptible de compromettre la fortune immobilière du pupille, comme le fait d'intenter en justice une action relative à un immeuble appartenant au mineur (3).

25. — Les solutions qui viennent d'être données sont très certainement applicables au cas où la tutelle est gérée par le cadi ou le mokaddem qu'il s'est substitué. Mais elles ne concernent pas le père tuteur. « Le père, dit Khalil, est le tuteur de ses enfants mineurs ou interdits ; il a le droit absolu de vendre leurs biens, même sans donner aucun motif de l'aliénation » (4). Ses pouvoirs, à ce point de vue, sont, en somme, illimités.

Les jurisconsultes musulmans ne se sont pas, d'ailleurs, bornés à formuler cette solution ; ils se sont, aussi, préoccupés de la justifier. « En raison, disent-ils, de ce que l'enfant appartient au père, la loi admet implicitement que le bien de l'enfant appartient aussi, jusqu'à un certain point, au père. » Le Prophète a dit : « L'enfant et son bien appartiennent au père » (5).

Quant au tuteur testamentaire, les jurisconsultes de l'École

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 512.

(2) *Eod. loc.*, art. 507.

(3) Batna, 5 mars 1889 ; *Rev. Alg.*, 1889, 2, 355.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 505 ; — Alger, 12 novembre 1890 ; *Rev. Alg.*, 1891, 2, 169 ; — Tr. Sousse, 17 janvier 1901 ; *J. Robe*, 1902, p. 147.

(5) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 359.

malékite ne sont pas d'accord sur la façon dont il doit être traité. Certains ne l'autorisent à aliéner les immeubles qu'à charge, pour lui, de solliciter du cadi l'autorisation de vendre, en justifiant des motifs de l'aliénation. Mais, d'autres assimilent le tuteur testamentaire au père et lui laissent une entière liberté, considérant, sans doute, que le fait, par le père, d'avoir lui-même désigné le tuteur atteste les capacités et l'honorabilité de celui-ci (1). Tous, cependant, lui défendent la donation à charge de récompense (2).

26. — *Pluralité de tuteurs.* — Il peut arriver que le mineur ait plusieurs tuteurs. Il en est ainsi quand le père a désigné plusieurs tuteurs dans son testament, ou lorsque le cadi a confié à plusieurs mokaddem la gestion d'une même tutelle (3).

Lorsqu'un pupille possède ainsi plusieurs tuteurs, ceux-ci doivent gérer en commun. Tout acte concernant le patrimoine du pupille doit avoir été délibéré et consenti par les cotuteurs ; il doit être leur œuvre commune (4). Les cotuteurs ne peuvent agir isolément, se partager l'administration (5), décider, par exemple, qu'ils seront chargés d'accomplir, l'un certains actes, et le second certains autres actes, que celui-ci gérera les biens situés dans une région déterminée, et celui-là les biens situés dans un autre pays. Les tuteurs sont ainsi dans l'obligation de s'entr'aider, de s'éclairer et, par là même, de se surveiller mutuellement ; et de là résulte, pour le mineur, une précieuse garantie.

Mais il ne faudrait pas que cette obligation de gérer en commun mît les cotuteurs dans l'impossibilité d'administrer. Aussi, dans le cas où un désaccord viendrait à se produire, le juge serait appelé à résoudre le conflit et à décider si l'opposition de l'un des tuteurs à l'acte projeté est justifiée et doit être maintenue (6).

(1, 2) Khalil, *trad. Seignette,* art. 506.
(3) V. *sup.,* nos 9 et 11.
(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2147 ; — Code du st. pers. égyptien, art. 447.
(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2150.
(6) *Eod. loc.*, art. 2148.

Les cotuteurs doivent gérer en commun ; mais qu'arriverait-il si le père, ayant désigné plusieurs tuteurs, avait autorisé chacun d'eux à agir séparément, ou bien avait partagé entre eux la gestion de la tutelle ? Sa volonté devrait-elle être respectée ? Si le père a cru devoir autoriser les tuteurs à agir séparément, c'est, vraisemblablement, qu'il accordait à chacun une égale confiance, et s'il a cru devoir assigner à chaque tuteur des attributions déterminées, c'est, sans doute, qu'il connaissait les aptitudes de chacun et qu'il a voulu réserver à chacun la mission pour l'accomplissement de laquelle il paraissait avoir une compétence et des facilités particulières. — Quoi qu'il en soit, le pupille ne peut que gagner à ce que, sur ce point, l'on obéisse aux décisions prises par le père dans son testament.

Or, tel est, croyons-nous, le point de vue auquel se sont placés les jurisconsultes musulmans, car il semble bien qu'en la circonstance, ils s'inspirent, avant tout, de la volonté du testateur. « Si la tutelle, déclare Khalil, a été donnée à deux personnes, elles seront présumées avoir été nommées pour s'assister mutuellement » (1). *Présumées*, dit le jurisconsulte ; l'obligation de s'assister n'est donc imposée aux tuteurs que par interprétation de la volonté de celui qui les a désignés. D'où il résulte que l'obligation d'assistance disparaîtrait en présence d'une manifestation contraire de volonté. C'est là, du reste, la manière de voir de M. Perron, qui commente ainsi ce passage de Khalil : « Toutefois, et d'après ce que paraît indiquer l'intention du testateur, les tuteurs doivent agir ou isolément ou d'un commun accord » (2).

Les Hanéfites, il est vrai, n'attribuent, en la circonstance, aux dispositions testamentaires qu'une efficacité restreinte. Le testament n'est observé qu'autant qu'il dispense simplement les tuteurs de l'obligation d'agir en commun, qu'autant qu'il autorise simplement chaque tuteur à agir séparément, isolément, comme s'il était seul et unique tuteur. « La volonté du testateur,

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2147.

(2) Perron, *op. cit.*, t. VI, p. 314.

dit, en effet, l'art. 447 du Code du statut personnel et des successions d'après le rite hanéfite, doit être respectée, soit qu'elle ait permis aux tuteurs d'agir séparément, ou qu'elle leur ait prescrit d'agir collectivement. » Mais le père ne pourrait valablement procéder à un partage, à une répartition d'attributions entre les tuteurs, car l'art. 440 du même Code dispose que : « La tutelle déférée par le testateur ne peut être restreinte à des actes spécifiés. Même restreinte, la tutelle vaut comme tutelle générale. Il en est de même si le défunt a chargé une personne de payer ses dettes et une autre de recouvrer ses créances : l'une et l'autre deviennent tuteurs généraux. » — Pourquoi a-t-on cru devoir ainsi limiter la volonté du père ? C'est ce qu'il est assez difficile d'expliquer.

27. — *Sanction des règles qui précèdent.* — Lorsqu'un acte, qui n'excède pas les pouvoirs du tuteur, a été accompli par lui, ou par le pupille, mais avec l'assistance ou l'autorisation de son tuteur, cet acte est pleinement valable et ne peut être attaqué sous le prétexte qu'il en est résulté, pour le mineur, un certain préjudice. Khalil dit, en effet, que le mineur, devenu majeur, peut attaquer l'acte fait par lui sans autorisation pendant son incapacité (1) ; d'où il résulte que, s'il a été autorisé, l'acte ne peut être attaqué. De même, Ebn Acem déclare valables, c'est-à-dire inattaquables, les actes à titre onéreux du pupille, dès l'instant où ils ont été autorisés par le tuteur (2), et, cela, sans se préoccuper du point de savoir si ces actes ont ou n'ont pas été avantageux pour le mineur.

Même solution lorsqu'un acte, qui n'est permis au tuteur que sous certaines conditions, a été passé par lui avec l'autorisation requise et les formalités prescrites (3).

D'ailleurs, dans l'intérêt même du pupille, il est bon qu'il en soit ainsi ; car, s'il en était autrement, les tiers qui pourraient

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 496.

(2) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1354.

(3) V., cependant, *Medjellat*, art. 356 ; et *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi*, trad. Goguyer, p. 28, n° 1.

être disposés à contracter avec le tuteur se refuseraient à traiter avec lui.

28. — Mais il se peut que le pupille ait agi sans autorisation ; — que l'acte passé par le tuteur rentre dans la catégorie de ceux qui lui sont interdits ; — que le tuteur ait accompli un acte qu'il avait le droit de faire, mais sans se pourvoir des autorisations nécessaires ou sans observer les formalités requises ; — que les cotuteurs aient agi séparément, alors que leur gestion aurait dû être collective. — Que vaut l'acte ainsi intervenu au mépris des prescriptions légales ?

a). — Le mineur a agi sans autorisation. — La nullité de l'acte peut être demandée, tant par le tuteur que par le mineur devenu majeur, alors même que cet acte a été accompli avec discernement et que le mineur en aurait tiré profit (1).

Il n'en serait autrement que dans l'hypothèse toute spéciale où le pupille aurait contracté des engagements ou fait des dépenses relatives à son entretien, et où ces dépenses et ces engagements seraient d'importance minime (2).

Dans le rite hanéfite, l'acte est entaché de nullité, dès l'instant où le mineur qui l'a accompli n'avait pas encore atteint l'âge de raison (3), c'est-à-dire était âgé de moins de sept ans (4).

Si, au moment de la passation de l'acte, le mineur avait atteint l'âge de raison, l'acte est inattaquable s'il est de ceux, comme la donation à lui consentie, d'où doit nécessairement résulter un enrichissement pour le mineur (5). — Il est, au contraire, entaché de nullité, encore que le tuteur l'aurait ratifié, s'il est nécessairement préjudiciable au mineur, comme

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 495 et 496. — La cour d'Alger a, cependant, décidé, qu'en droit musulman comme en droit français, l'obligation contractée par le mineur, sans l'assistance de son tuteur, est, seulement, rescindable pour cause de lésion (19 mars 1900 ; *Rev. Alg.*, 1901, 2, 67). — V., dans le même sens, Constantine, 21 décembre 1903 ; *J. Robe*, 1904, p. 33.

(2) *Eod. loc.*, art. 500.

(3 et 4) Code du st. pers. égyptien, art. 483 et 494.

(5) Ibrahim Halebi, dans Mouradja d'Ohsson, t. VI, p. 117 ; — *Medjellat*, art. 967 ; — Code du st. pers. égyptien, art. 485 ; — Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi, *trad. Goguyer*, p. 24 et 25.

le serait une donation consentie par lui, ou si même, simplement, il n'en doit résulter, pour le mineur, aucun avantage, comme cela se produirait au cas de cautionnement consenti par lui dans l'intérêt exclusif d'un tiers (1). — Enfin, si l'acte, ainsi que le serait l'achat réalisé par le pupille, peut, suivant les cas, lui profiter ou lui nuire, cet acte est entaché de nullité ; mais la nullité en est couverte par la ratification du tuteur (2).

Les dispositions du rite hanéfite, sur ce point, présentent, à certains égards, une analogie frappante avec les solutions reçues par le droit romain de l'époque classique, en matière de tutelle, et il n'est peut-être pas téméraire de prétendre qu'elles lui ont été empruntées.

b). — L'acte accompli par le tuteur rentre dans la catégorie de ceux qui lui sont interdits. — Cet acte a-t-il, comme la donation, pour résultat d'appauvrir, nécessairement et sans compensation, le mineur, il est frappé de nullité. « En ce qui concerne les libéralités, dit Ebn Acem, l'usage est de les lui interdire, et jamais on ne les valide, s'il en fait » (3).

L'acte est valable, au contraire, s'il est de ceux qui ne sont interdits au tuteur que parce qu'ils mettent en opposition les intérêts du pupille et les siens, tel l'achat, par le tuteur, d'un bien appartenant au pupille. — Mais la rescision pourrait en être prononcée par le juge, si le mineur avait été lésé (4).

c). — Le tuteur a accompli un acte qu'il avait le droit de faire, mais sans se pourvoir des autorisations nécessaires ou sans observer les formalités requises. — L'acte est-il frappé de nullité absolue pour vice de forme ? — Ou bien la nullité ne doit-elle en être prononcée par le juge que si le mineur a été lésé ? — Les textes ne permettent point de donner à cette question une réponse nette et précise.

---

(1) *Medjellat*, art. 967, al. 2 ; — Code du st. pers. égyptien, art. 484 ; — Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi, *loc. cit.*

(2) *Medjellat*, art. 967, al. 3 ; — Code du st. pers. égyptien, art. 486 ; — Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi, *loc. cit.*

(3) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1355.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2160.

La cour d'Alger semble s'être prononcée pour la nullité absolue pour vice de forme. Un arrêt du 12 novembre 1890, en effet, a décidé qu'une vente d'immeubles, bien qu'autorisée par le cadi, ne saurait être valable si elle n'a pas eu lieu aux enchères (1). Or, les rédacteurs de cet arrêt ne se sont, en aucune façon, préoccupés du point de savoir si l'omission de cette formalité avait ou non préjudicié à l'incapable, ce qui permet de supposer que, dans leur esprit, la nullité de la vente n'était nullement subordonnée à la lésion. Nous reconnaissons volontiers, du reste, qu'en faveur de cette manière de voir, on peut tirer argument d'un passage de Khalil, cité plus haut, et dans lequel le jurisconsulte permet au mineur, devenu majeur, de réclamer la nullité des actes qu'il a accomplis seul, alors même qu'ils ont tourné à son profit (2).

d). — Les cotuteurs ont agi séparément, alors que leur gestion aurait dû être collective. — Khalil admet, semble-t-il, la validité des actes ainsi accomplis, puisqu'il se borne à déclarer qu'en dépit du défaut d'assistance mutuelle, les cotuteurs restent solidairement responsables vis-à-vis du pupille, comme s'ils avaient agi de concert (3). Dans le rite hanéfite, au contraire, ces actes sont tenus pour entachés de nullité, car l'art. 447 du Code du st. pers. égyptien porte que : « si le défunt ou un même magistrat nomme deux tuteurs, *aucun d'eux ne peut agir valablement* sans le concours de l'autre ».

29. — Lorsqu'un acte, accompli par le mineur seul ou par son tuteur, est entaché de nullité, quelles personnes peuvent faire prononcer cette nullité par le juge ? — Le tuteur, agissant au nom et pour le compte du pupille ; — le mineur, devenu majeur quant aux biens.

Mais, au cas d'inaction du tuteur, un parent du pupille, tel que la mère, pourrait-il porter devant le cadi l'action en nullité

---

(1) *Rev. Alg.*, 1891, 2, 169.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 496.

(3) *Eod. loc.*, art. 2150.

que le tuteur néglige d'intenter? La cour d'Alger ne l'a pas admis (1). Pour agir en justice, en effet, au nom et pour le compte d'une personne, il faut être son mandataire légal ou conventionnel. Or, tant que dure la minorité, seul, le tuteur représente le mineur; seul, par conséquent, il a qualité pour entamer une procédure judiciaire en son nom. Tout ce que peuvent faire, on le verra par la suite, ceux qui s'intéressent au pupille, c'est de signaler au magistrat les irrégularités commises par le tuteur; le magistrat peut alors réprimander le tuteur et l'amener, par une menace de destitution et de remplacement, à sortir de son inaction.

§ 3. — *Durée des fonctions du tuteur.*

30. — La mission du tuteur dure, en principe, tant que dure l'incapacité du pupille, puisque le tuteur testamentaire lui-même n'est pas libre, quand il l'a acceptée, de s'en décharger comme bon lui semble (2). Cette mission ne prend fin, normalement, qu'au moment où le pupille devient majeur quant aux biens. Or, dans le rite hanéfite, la majorité est acquise automatiquement, comme en droit français, par l'arrivée du pupille à un âge déterminé. Cet âge a été fixé, par les docteurs hanéfites, à vingt-cinq ans (3). — La majorité peut être acquise plus tôt par la voie de l'émancipation (4). — Mais la minorité ne saurait, en principe, se prolonger au delà de la vingt-cinquième année. Mais, dans le rite malékite, qui est celui de la majorité des Musulmans algériens, il n'est point, pour l'acquisition de cette majorité, de moment précis, d'âge déterminé, tel que celui de la puberté; la majorité quant aux biens suppose la puberté, mais elle n'en résulte pas nécessairement. Cette majorité ne dérive

(1) Alger, 12 décembre 1887; *Rec. Alg.*, 1888, 2, 47.

(2) V. *suprà*, n° 16.

(3) Châràni, *op. cit.*, p. 315 et 316; — Ibrahim Halebi, *loc. cit.*, t. v, p. 270; — Code du st. pers. égyptien, art. 478.

(4) *Medjellat*, art. 981; — Code du st. pers. égyptien, art. 478 et 496, al. 3.

pas davantage de l'accomplissement d'un événement déterminé, tel que le mariage ; celui-ci n'exerce, en effet, aucune influence sur la condition juridique de l'époux. — La majorité quant aux biens s'acquiert par l'émancipation, c'est-à-dire par la constatation de l'aptitude du pupille à gérer son patrimoine (1). Élevez vos pupilles, est-il dit au Coran, « jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se marier, et lorsque vous les croirez capables de se bien conduire, remettez-leur l'administration de leurs biens » (2).

Ainsi, tandis que, chez les Hanéfites, la cause normale de cessation des fonctions du tuteur, c'est l'arrivée du pupille à un âge déterminé, — chez les Malékites, cette cause normale, c'est l'émancipation.

Dans les deux rites, enfin, les fonctions du tuteur peuvent encore, mais accidentellement, prendre fin par le décès du pupille, la mort ou la destitution du tuteur. La destitution du tuteur, avec l'émancipation, sont les seules de ces causes dont l'étude présente quelque intérêt ; aussi sont-ce les seules dont il sera traité ici.

31. — *Émancipation.* — Elle a lieu quand il est constaté que le mineur est en état de gérer ses biens. Mais, qui a qualité pour opérer cette constatation ? — Dans quelle forme doit-elle être faite ? — Quels sont ses effets ?

Le tuteur a seul, en principe, qualité pour émanciper son pupille, et fixer le moment à partir duquel il est possible de l'abandonner à lui-même. Ses pouvoirs, à ce point de vue, ne sont pas, toutefois, sans limites.

a). — L'émancipation ne peut avoir lieu qu'autant que le pupille est déjà maître de sa personne, en état de puberté (3).

b). — Alors même que le pupille est pubère, le tuteur ne peut l'émanciper que s'il le sait en mesure de bien administrer sa fortune, car le Prophète a dit : « Élevez (vos pupilles) jusqu'à

---

(1) Alger, 19 mars 1900 ; *Rev. Alg.*, 1901, 2, 67.

(2) Coran, IV, 5.

(3) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1319 ; — Châràni, *op. cit.*, p. 315.

ce qu'ils soient en âge de se marier, et *lorsque vous les croirez capables de se bien conduire*, remettez-leur l'administration de leurs biens » (1). Cette constatation de l'aptitude du mineur à gérer ses biens, c'est au tuteur qu'il appartient de la faire, mais elle est nécessaire et doit être faite, en dépit de la puberté du pupille ; et, dans l'hypothèse d'une émancipation prématurée, le tuteur porterait, malgré l'émancipation intervenue, la responsabilité des fautes commises par son ancien pupille dans la gestion de son patrimoine (2).

c). — Si la personne en tutelle est du sexe féminin, elle ne peut être émancipée qu'après son mariage ; encore faut-il qu'une enquête ait révélé son aptitude à gouverner ses biens. Certains jurisconsultes exigent, en outre, que le mariage ait été consommé ; d'autres, que la femme ait mis au monde un enfant ; d'autres, enfin, sont d'avis que l'émancipation ne peut avoir lieu qu'autant que la femme a cohabité avec son mari pendant un certain laps de temps, sur la durée duquel tous ne s'accordent pas (3). — Les jurisconsultes musulmans ont-ils pensé que le développement intellectuel de la femme était plus lent, que la capacité ne se manifestait chez elle qu'à une époque plus tardive et qu'il était plus difficile de la constater ? — Ou bien ont-ils considéré, qu'à raison de la suprématie qui doit appartenir au mâle par rapport à la femme (4), il importait de n'accorder que, le plus tard pos-

---

(1) Coran, IV, 5.

(2) Code du st. pers. égyptien, art. 479 ; — *Medjellat*, art. 983.

(3) Châràni, *op. cit.*, p. 314 : « Malek dit : L'interdiction de la jeune fille ne cesse pas, alors même qu'elle serait reconnue, au moment de sa puberté, capable d'administrer ; on attend qu'elle soit mariée, que son mari ait consommé avec elle le mariage et qu'il soit certain qu'elle est demeurée apte à gérer ses propres biens, comme avant son mariage. » Ahmed ajoute : « On ne l'émancipe qu'après une année de séjour avec son mari, ou après qu'elle a mis au monde un enfant, car il y a des jeunes filles dont la capacité ne se manifeste qu'après ces circonstances. » — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1337 et 8 : « Quand il s'agit d'une fille qui est nubile et dont le père vit, alors elle ne peut pas être affranchie de la tutelle, si ce n'est lorsqu'elle se marie et après que sept ans se sont écoulés. » — Khalil, *trad. Seignette*, art. 503 : « Outre les conditions requises pour la sortie de tutelle du mineur du sexe masculin, la femme n'est relevée d'incapacité que par son mariage, et après enquête sur l'état de ses facultés. »

(4) Coran, II, 228 ; IV, 38.

sible, à celle-ci l'indépendance devant résulter, pour elle, du droit de disposer librement de ses biens ? — Toujours est-il que, s'agissant d'une fille pubère, le tuteur n'est plus libre de fixer comme bon lui semble le moment de l'émancipation, de même que ce n'est plus à lui qu'il appartient de décider si l'incapable est en état d'être émancipée. Il faut, tout au moins, « pour la jeune fille, qu'elle soit mise en rapport avec son mari, et que des personnes aptes à témoigner déclarent, en forme testimoniale, que la jeune fille est en état de se conduire » (1).

Toutefois, des atténuations furent apportées, sur ce point, à la rigueur des principes. On autorisa le père à émanciper sa pupille, dès avant le mariage, sans enquête préalable, et bien que l'aptitude de la fille à gérer ses biens ne fût pas notoire. La même faveur fut accordée au tuteur testamentaire, et certains demandèrent qu'elle fût étendue au mokaddem (2). — En sorte que, s'agissant du rite malékite, tout au moins, il n'est, pour ainsi dire, rien resté des restrictions mises aux pouvoirs du tuteur touchant l'émancipation des filles, les dispositions restrictives relatées plus haut n'ayant plus d'application, sauf cependant, et seulement dans l'opinion de certains jurisconsultes, au cas de tutelle gérée par un mokaddem.

d). — Malgré que le mokaddem ne soit point un tuteur véritable, qu'il soit simplement délégué dans les fonctions de tuteur (3), il a qualité pour émanciper le mineur dont il gère le patrimoine (4), mais à charge, dans l'opinion la plus généralement reçue, de prouver, préalablement, la capacité de son pupille, et cela, quel que soit le sexe de ce dernier (5). On a, sans doute, pensé que le mokaddem qui, complètement étranger, peut-être, au mineur, n'est point nécessairement guidé par son affection réelle ou présumée, comme le père ou le tuteur testa-

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 67.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 504.

(3) Alger, 1er juillet 1890 ; *Rev. Alg.*, 1890, 2, 496.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 499 ; *trad. Perron*, t. IV, p. 65.

(5) Ebn Acem, *op. cit.*, p. 714, note 1244.

mentaire, — ou, comme le magistrat, par le souci de ses devoirs professionnels, — serait trop facilement porté à se défaire, par une émancipation hâtive, du fardeau de la tutelle. De là, pour lui, l'obligation, qui n'incombe, en principe, à aucun autre tuteur, de justifier de la légitimité de l'émancipation.

e). — D'une manière générale, c'est au tuteur qu'il appartient de provoquer l'émancipation, de juger du moment où le mineur peut être abandonné à lui-même. Mais, comme il pourrait arriver que par intérêt, — le tuteur ayant, dans certains cas, droit à un salaire, — ou pour toute autre cause, le tuteur maintînt sans raison son pupille en tutelle, le mineur est admis à s'adresser au cadi et à solliciter de lui un jugement constatant son état de capacité (1). On ne peut lui objecter, qu'étant en tutelle, il n'a pas qualité pour ester en justice, puisque sa demande tend à faire déclarer que son incapacité, en fait, n'existe plus et que le maintien de la tutelle n'a plus sa raison d'être.

32. — Pour ce qui est des formes de l'émancipation, elles varient suivant les circonstances dans lesquelles celle-ci intervient, suivant qu'elle est volontaire ou forcée, — et, s'agissant d'une émancipation volontaire, suivant la qualité de la personne qui la prononce, et, quelquefois aussi, le sexe de l'enfant émancipé.

Au cas d'émancipation forcée, judiciaire, — l'émancipation résulte du jugement rendu à la requête de l'ancien pupille et constatant qu'il est en état de gérer son patrimoine. Ce jugement ne peut, du reste, intervenir qu'autant que la capacité de l'enfant a été affirmée par plus de deux témoins honorables, et que deux témoins honorables ne sont pas venus la contester (2).

Quant à l'émancipation volontaire, tantôt elle suppose une déclaration d'émancipation, — tantôt elle se produit en l'absence de toute déclaration. — La déclaration est nécessaire si

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1325 ; — Alger, 10 octobre 1854 ; Estoublon, *Jur. Alg.*, 1854, 54 ; — Tunis, 11 janvier 1877 ; *Rev. Alg.*, 1898, 2, 229.

(2) Ebn Acem, *op. cit*, vers 1349 et 50.

l'émancipation émane d'un tuteur testamentaire, d'un cadi ou de son mokaddem,— et cela, quel que soit le sexe du pupille (1). — Elle est encore nécessaire, malgré que ce soit le père qui émancipe, si l'enfant à émanciper est une fille (2). — Cette déclaration doit être faite devant témoins (3).

Mais, la déclaration n'est plus requise quand la tutelle est gérée par le père et que le pupille est du sexe masculin. L'enfant pubère est, alors, considéré comme émancipé, dès l'instant où, en fait, il est capable de gérer ses biens (4). Il n'est donc pas, dans cette hypothèse, de fait ou d'événement précis, déterminé, constituant une manifestation extérieure de l'émancipation et susceptible de la porter à la connaissance des tiers. En sorte que, pour ceux-ci, la situation juridique de l'enfant pubère reste indécise et incertaine ; et, sur ce point, les solutions consacrées par la loi musulmane méritent d'être critiquées.

Ebn Acem dit, il est vrai, qu'il se peut que le père, lors de l'arrivée de son enfant à la puberté, n'ayant pas reconnu son aptitude à gérer ses biens, ait affirmé, par une déclaration formelle devant témoins, le maintien de la tutelle (5). Les tiers sont alors renseignés. Mais, en dehors de là, ils ne le sont jamais, car, quoi qu'en dise le jurisconsulte, l'aptitude ou l'inaptitude de l'enfant à administrer sa fortune n'est, pour ainsi dire, jamais manifeste, notoire (6) ; sa condition reste douteuse, et les tiers ne savent point alors à quoi s'en tenir ; car les jurisconsultes musulmans ne s'accordent pas sur le point de savoir comment les choses doivent se passer au cas où il y a doute sur l'état de l'enfant pubère ; certains, comme Ebn Acem, admettent qu'il y a présomption de capacité, mais d'autres sont d'un avis

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 499 ; *trad. Perron*, t. IV, p. 65 ; — Code du st. pers. égyptien, art. 481 ; — Alger, 26 février 1906 ; *J. tr. Alg.*, 14 avril 1907.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 504.

(3) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1324.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 499 ; — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1320 ; — Tunis, 19 mars 1902 ; *J. Robe*, 1903, p. 223.

(5) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1321.

(6) *Eod. loc.*, vers 1320.

différent (1). Les tiers n'ont alors d'autre ressource que de provoquer une déclaration du père affirmant la capacité pleine et entière de l'enfant, — ou d'exiger l'intervention du père à l'acte.

33. — L'émancipation donne à l'émancipé, relativement à l'administration et à la disposition de ses biens, une capacité pleine et entière ; elle lui confère la majorité quant aux biens (2).

Il n'en est ainsi, toutefois, qu'autant qu'il s'agit d'une émancipation complète, et non d'une simple tentative d'émancipation. Car, le tuteur peut, ainsi que le dit Ebn Acem, « remettre à l'enfant en tutelle une part de son bien, à titre d'expérience » (3). Or, cette remise partielle n'emporte pas émancipation ; elle n'affranchit pas le pupille de la tutelle qui pèse sur lui ; elle n'a que des effets provisoires, limités aux biens qui en ont fait l'objet. — Quels sont exactement ces effets ? — Le pupille est-il, quant aux biens qui lui ont été confiés, pleinement majeur, comme, en droit romain, le mineur de vingt-cinq ans qui avait bénéficié de la *venia ætatis ?* — Ou bien la remise intervenue ne lui confère-t-elle, relativement à ces biens, comme l'émancipation du droit français, qu'une demi-majorité, lui permettant les actes d'administration, mais non ceux de disposition ? — Ebn Acem ne s'est point prononcé sur la question.

Chez les Chaféites, la remise d'un ou de plusieurs de ses biens, consentie par le tuteur au pupille, laisse subsister l'incapacité de ce dernier (4).

Chez les Hanéfites, au contraire, le pupille est réputé capable pour tous les actes rentrant dans les termes de l'autorisation à lui donnée (5).

L'émancipation, qui confère la majorité quant aux biens, est, en principe, sans influence sur la personne de l'émancipé. Rien de plus naturel, puisqu'elle s'adresse à un individu pubère, c'est-

(1) Ebn Acem, *op. cit*, vers 1322.
(2) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 64 et 65.
(3) *Eod. loc.*, vers 1351.
(4) Nawawi, *Minhadj at-Talibin*, trad. Van den Berg, t. II, p. 18 et 19.
(5) *Medjellat*, art. 972.

à-dire déjà majeur quant à sa personne. Chez les Malékites, cependant, l'émancipation conférée à la fille pubère non mariée la rend majeure quant à la personne, en même temps que majeure quant aux biens. « Un père, dit Khalil, n'imposera point le mariage à sa fille nubile..., lorsque cette fille nubile et vierge aura été émancipée » (1). Cela provient de ce que, chez les Malékites, la puberté laisse subsister, pour la femme, la minorité quant à la personne, en sorte que, dans le rite malékite, l'émancipation ne s'adresse point nécessairement à un individu affranchi déjà de cette minorité.

34. — *Destitution.* — Elle est prononcée par le cadi, et tout tuteur, fût-il le père, est susceptible de l'encourir (2). Mais les pouvoirs du cadi, à ce point de vue, varient suivant la qualité de la personne à laquelle la tutelle a été conférée.

Si la tutelle est gérée par un mokaddem, celui-ci est révocable au gré du cadi ; il n'est, en effet, que le mandataire du magistrat qui reste toujours libre de lui retirer, comme bon lui semble, la délégation dont il l'a investi (3).

Mais, si la tutelle appartient au père, ou à celui que le père a désigné dans son testament, le magistrat n'est plus libre de révoquer le tuteur comme il lui plaît. La destitution suppose, alors, soit qu'au cours de la tutelle, le tuteur a cessé de satisfaire aux conditions de capacité requises, qu'il est devenu irréligieux ou de mauvaises mœurs (4) ; — soit que le tuteur a manqué aux obligations qui lui incombent vis-à-vis du pupille ; encore faut-il que ces manquements soient établis, et leur gravité d'une certaine importance (5).

La destitution du tuteur est, du reste, sans influence sur la

---

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. II, p. 327.

(2) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, n° 491, p. 372 ; — Châràni, *op. cit.*, p. 550 ; — Code du statut personnel et des successions, d'après le rite hanéfite, art. 425 et 445, al. 3.

(3) Alger, *Ch. de rev. mus.*, 9 juillet 1898, *Rev. Alg.*, 1898, 2, 435 ; voir, cependant, en sens contraire, Sautayra et Cherbonneau, t. I, n° 492, p. 372.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2143 ; *trad. Perron*, t. VI, p. 313.

(5) Alger, 24 février 1853 ; Estoublon, *Jur. Alg.*, 1853, 11.

condition juridique du pupille. Le tuteur destitué doit être remplacé immédiatement, en sorte que la cessation des fonctions du tuteur ne met nullement fin à la tutelle ; celle-ci se continue sous la gestion d'un autre tuteur.

§ 4. — *Reddition du compte de tutelle.*

35. — Le tuteur doit rendre compte de sa gestion, dès l'instant où il cesse d'être en fonctions, et quel que soit le motif pour lequel ses fonctions ont pris fin. Cette obligation incombe à tout tuteur, quel qu'il soit ; le père n'y échappe pas plus que le tuteur testamentaire ou le mokaddem.

36. — Dans l'hypothèse où le tuteur se trouve relevé de sa mission par l'émancipation du pupille, celui-ci ayant acquis, du fait de l'émancipation, une capacité pleine et entière, c'est à l'émancipé que le compte de tutelle doit être rendu. — Si la tutelle prend fin par le décès du pupille, la reddition de compte doit être faite à ses héritiers, s'ils sont majeurs, sinon, à leurs représentants légaux. — Enfin, si la reddition de compte est nécessitée par le décès ou la destitution du tuteur, l'incapacité du pupille n'ayant pas disparu, ce dernier n'a pas qualité pour recevoir son compte de tutelle ; il doit être représenté à cette reddition de compte, comme pour tout autre acte de la vie civile ; à cet effet, le cadi lui désignera un mokaddem (1).

37. — Le tuteur doit fournir un état comparatif des recettes qu'il a faites et des dépenses qu'il a engagées pendant toute la durée de sa gestion. — Il est bon d'observer, du reste, qu'au chapitre des recettes doivent figurer, dans leur intégralité, les revenus du pupille. Le tuteur ne peut, en principe, s'en approprier la moindre part, fût-il le père. Car la loi musulmane ne connaît pas l'usufruit légal des père et mère (2), et ce n'est

(1) Alger, 8 mars 1880 ; *Bull. jud. Alg.*, 1881, 271.
(2) Sidi-bel-Abbès, 31 juillet 1900 ; *Rev. Alg.*, 1900, 2, 402.

qu'exceptionnellement, qu'elle autorise le tuteur à réclamer un salaire. Ainsi que l'a affirmé la cour d'Alger, « la gratuité de la tutelle est de principe en droit musulman » (1). Et, c'est seulement au cas où il serait pauvre, qu'il est permis au tuteur de distraire annuellement, à titre de rémunération, une faible part des revenus du pupille. Le Coran dit, en effet : « Que le tuteur riche s'abstienne de toucher aux biens de ses pupilles. Celui qui est pauvre ne doit en user qu'avec discrétion » (2).

38. — La reddition du compte de tutelle n'a rien de solennel ; elle n'est entourée d'aucune formalité particulière. Tout se règle amiablement entre l'ancien tuteur, d'une part, — et d'autre part, le pupille devenu majeur ou ses représentants, — en présence de témoins, conformément au verset 7 du chapitre IV du Coran, ainsi conçu : « Lorsque vous leur rendrez compte de leurs biens, appelez des témoins ».

39. — Mais, il peut arriver que le compte produit par le tuteur soit contesté. L'ancien pupille soutient que certaines dépenses, faites par le tuteur, l'ont été irrégulièrement, et qu'il n'en doit pas être fait état, — ou bien il prétend que certains chefs de recettes ont été négligés et doivent être rétablis. C'est alors au cadi qu'il appartient de statuer sur les difficultés de cette nature (3).

Or, aux termes de l'art. 7 du décret du 17 avril 1889, dans les territoires auxquels ce décret est applicable, seules, les contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux sont de la compétence du cadi. Et la question qui se pose, alors, est celle de savoir si ce texte n'enlève pas au juge indigène la connaissance des procès nés d'un règlement de compte entre un tuteur et son ancien pupille ; les procès de ce genre, d'ordre

---

(1) Alger, *Ch. de rev.*, 1er mars 1899 ; *Rev. Alg.*, 1899, 2, 386.

(2) Coran, IV, 6 ; — Châràni, *op. cit.*, p. 556 ; — Code du st. pers. égyptien, art. 469.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 511 ; — J. paix Alger, 23 mars 1898 ; *Rev. Alg.*, 1898, 2, 309.

purement pécuniaire, ne paraissant pas, au premier abord, rentrer dans la catégorie des contestations relatives au statut personnel.

Le tribunal d'Alger, le 29 novembre 1894, a posé en principe que « les difficultés résultant de la tutelle musulmane sont de la compétence exclusive du cadi » (1). Et, le 23 mars 1898, le juge de paix du canton nord d'Alger s'est déclaré incompétent pour connaître d'une demande en reddition de compte formée, par un mineur émancipé, contre un cadi et le mokaddem nommé par ce dernier, en se fondant sur ce que l'instance engagée devant lui mettait en jeu une question de statut personnel (2).

Nous ne saurions nous rallier à cette jurisprudence. Ce fait que le cadi peut connaître de toutes les contestations relatives au statut personnel, implique bien qu'il a qualité pour juger les contestations relatives à la tutelle. Mais il n'en résulte pas, comme l'affirme le tribunal d'Alger dans son jugement du 29 novembre 1894, qu'il ait compétence pour statuer sur toutes les difficultés résultant de la tutelle, parce que la compétence du cadi est d'exception, et que les textes qui l'admettent doivent être interprétés restrictivement. — Or, aux termes de l'art. 7 du décret du 17 avril 1889, le cadi connaît des contestations relatives au statut personnel ; il ne peut donc statuer sur les contestations résultant de la tutelle qu'autant qu'elles pourraient être qualifiées de contestations relatives au statut personnel. Mais, peut-on désigner ainsi les difficultés nées du règlement d'un compte de tutelle ? — En aucune manière. Les difficultés de cette nature ne se réfèrent nullement à l'état des personnes ou à leur capacité ; elles ne soulèvent point, en principe, de question de capacité ou d'état. Elles ont trait à la consistance du patrimoine du pupille, à la façon dont ce patrimoine a été géré par le tuteur, à l'emploi que le tuteur a pu faire des revenus de son pupille ; et les intérêts qu'elles mettent en jeu sont, avant

(1) *Rev. Alg.*, 1895, 2, 103.

(2) *Rev. Alg.*, 1898, 2, 309.

tout, des intérêts d'ordre pécuniaire. Il s'agit donc bien, ici, non de contestations relatives au statut personnel, mais de difficultés relatives aux biens.

Il se peut, il est vrai, qu'au cours du procès, le juge ait à examiner la question de savoir si tel acte accompli par le tuteur a ou n'a pas excédé les pouvoirs de celui-ci, et s'il ne doit pas être tenu compte au pupille du préjudice que cet acte peut lui avoir causé. Le juge a bien, alors, à examiner une question de statut personnel, qui se résoudra conformément à la loi musulmane. Mais, il s'agit là d'une difficulté subsidiaire, qui n'enlève pas à la difficulté principale son véritable caractère et ne la transforme pas en une question de statut personnel. C'est ainsi que, lorsqu'une vente entre Musulmans donne lieu à procès, celui-ci n'est pas de la compétence du cadi, quand bien même, au cours du débat, se poserait la question de savoir si le vendeur avait la capacité d'aliéner.

D'ailleurs, on n'aperçoit pas pourquoi le cadi, compétent pour statuer sur les difficultés relatives à la tutelle, le serait pour statuer sur toutes les difficultés résultant de la tutelle, puisque, ainsi que l'a reconnu la cour d'Alger (1), le cadi, compétent pour statuer, entre Musulmans, sur les contestations relatives aux droits successoraux, ne l'est pas pour juger toutes celles qui découlent de la dévolution d'une succession musulmane (2).

40. — Au reste, quel que soit le juge compétent, celui-ci ne saurait exiger du tuteur qu'il fournisse un compte détaillé, article par article, et appuyé de pièces justificatives. Étant donné le peu d'instruction des Musulmans, et ce fait qu'il n'est guère dans leurs usages de constater leurs transactions par écrit, la preuve par le témoignage étant, pour eux, la preuve de droit commun, — réclamer du tuteur de semblables justifications, ce serait lui demander l'impossible.

---

(1) Alger, 1er février 1888 ; *Rev. Alg.*, 1888, 2, 189.

(2) Cf., sur l'application de la législation musulmane au Sénégal, Cass., 19 octobre 1891 ; D. P., 1893, 1, 495.

Le législateur musulman, d'ailleurs, a cru devoir formuler, en la matière, un certain nombre de règles touchant la manière dont les parties en cause pourront établir leurs prétentions respectives. Ces règles s'appliquent en Algérie, même dans l'hypothèse où le juge appelé à statuer sur le litige serait, comme nous le croyons, en vertu du décret du 17 avril 1889, le juge français ; car l'art. 2 de ce décret dispose que « le juge tiendra compte....., dans l'admission de la preuve, des coutumes et usages des parties ».

« Le dire du tuteur, déclare Khalil, fait foi, jusqu'à preuve du contraire, du montant des dépenses annuelles du pupille. Au contraire, la preuve lui incombe de la date à laquelle sa tutelle a commencé par le décès du testateur. La preuve lui incombe également de la remise des biens qu'il allègue avoir faite à son pupille devenu majeur » (1).

L'impression qui se dégage de la lecture de ce texte est, en somme, celle-ci : le tuteur n'a pas à justifier l'état de comptes fourni par lui ; l'ancien pupille peut le contester, mais il lui faut alors justifier ses allégations, en faire la preuve ; et comme rien n'est précisé relativement à la façon dont cette preuve doit être administrée, c'est conformément au droit commun, c'est-à-dire par témoins, qu'en principe, elle le sera. — C'est, au contraire, au tuteur qu'incombe le fardeau de la preuve, lorsque la contestation porte, non plus sur tel ou tel acte de gestion du tuteur, mais sur un fait antérieur ou postérieur à cette gestion, comme le fait de la restitution de ses biens au pupille émancipé. — La distinction est, du reste, parfaitement équitable. Il n'est ni dans les usages, ni dans les moyens des Musulmans de tenir une comptabilité détaillée et régulière, et il n'est guère possible au tuteur, surtout quand la tutelle a été de longue durée, de justifier de chacune des dépenses faites par lui ou de chacun des actes de gestion qu'il a accomplis. Mais, la situation n'est plus la même quand il s'agit de rapporter la preuve d'un fait isolé, précis et aussi marquant que la remise

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2165, 6 et 7.

de ses biens au pupille ou l'entrée du tuteur en fonctions, et l'on s'explique très bien que la charge de la preuve soit, alors, imposée à ce dernier.

Chez les Hanéfites et les Hanbalites, le tuteur n'a, en principe, aucune preuve à fournir. « Si le tuteur ou exécuteur testamentaire, disent Abou Hanifah et Ahmed, déclare qu'il a livré les biens à l'orphelin devenu pubère, cette déclaration, accompagnée du serment, fait foi. On accepte de même, dans tous ses détails et circonstances, sa déclaration à propos de pertes survenues aux biens ; car ce tuteur ou exécuteur testamentaire avait les biens confiés à sa garantie et à sa bonne foi » (1). L'art. 472 du code du statut personnel et des successions, d'après le rite hanéfite, dispose que : « le serment du tuteur fait foi en ce qui concerne tous les actes qui rentrent dans les attributions légales de tuteur » ; et l'art. 475 ajoute que : « la déclaration du tuteur fait foi en ce qui concerne les dépenses qu'il a faites pour le mineur, sauf dans certains cas ».

Enfin, les Chaféites distinguent suivant la qualité du tuteur. Celui-ci est-il le père ou le grand-père, la preuve incombe au pupille ; — la tutelle a-t-elle été gérée par un tuteur testamentaire ou le cadi, c'est par le tuteur que la preuve doit être faite (2).

41. — L'établissement, amiable ou judiciaire, du compte de tutelle, peut se traduire par la reconnaissance, au profit de l'ancien pupille, d'une créance contre son tuteur. Le pupille en usera alors contre ce dernier, comme vis-à-vis de tout autre débiteur, la loi musulmane ne le faisant bénéficier d'aucune garantie ou sûreté spéciale (3).

Mais, à l'inverse, le tuteur peut se trouver créancier de son ancien pupille, et, tout naturellement, il se déclarera autorisé, au cas où les biens du pupille ne lui auraient pas encore été

---

(1) Châràni, *op. cit.*, p. 555.

(2) Van den Berg, *Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Châfi'i, trad. de France de Tersant,* p. 165 ; — Nawawi, *op. cit.*, t. II, p. 23.

(3) V. *infrà*, n° 43.

restitués, à retenir ces biens jusqu'à parfait paiement. Le tribunal de Tunis a, dans un jugement du 19 novembre 1894, condamné cette prétention (1). Elle est, en effet, en opposition avec le verset 2 du chapitre IV du Coran, ainsi conçu : « Donnez aux orphelins ce qui leur appartient ».

§ 5. — *Du contrôle de la tutelle.*

42. — Il ne suffit pas, pour empêcher que les intérêts des mineurs ne puissent être compromis, de formuler quelques règles, quelques principes, et d'inviter le tuteur à ne s'en pas départir. Il faut, en outre, veiller à ce que le tuteur ne puisse s'en écarter ; — il faut enfin, s'il réussit à les enfreindre, assurer l'efficacité du recours que peut alors exercer contre lui son pupille. Il importe, en d'autres termes, d'organiser, au profit des mineurs, un système de protection préventive et répressive.

43. — Or, à ce dernier point de vue, l'œuvre du législateur musulman est, pour ainsi dire, nulle. Le mineur, créancier du tuteur, n'a, sur le patrimoine de celui-ci, qu'un droit de gage général, comme tout autre créancier ; et la législation musulmane n'a rien fait pour assurer la conservation et l'efficacité de ce droit. Elle s'est montrée, ici, moins prévoyante que ne l'ont été les coutumes kabyles, lesquelles autorisent les parents de l'incapable ou les membres de la djemaâ à s'opposer à toute aliénation de ses biens, consentie par le tuteur, et qui serait de nature à amoindrir notablement le gage du pupille (2).

Dans le cas, il est vrai, où la tutelle est gérée par deux ou plusieurs tuteurs, ceux-ci sont solidairement responsables vis-à-vis du mineur ; et il en est ainsi même dans l'hypothèse où leur gestion n'aurait pas été collective, où ils auraient agi sépa-

---

(1) *Rec. Alg.*, 1898, 2, 237.

(2) Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, p. 201.

rément (1). Le mineur n'est pas tenu de diviser sa poursuite ; il peut réclamer à l'un quelconque d'entre eux le paiement intégral de ce qui lui est dû. Cette solidarité, il est juste de le reconnaître, constitue, pour le pupille, une garantie des plus sérieuses, puisqu'elle diminue singulièrement ses risques de non-remboursement. Mais elle suppose que le père ou le cadi a confié la gestion de la tutelle à plusieurs; elle suppose, en outre, qu'il n'a pas été procédé par le père ou le cadi à un partage d'attributions entre les tuteurs, car s'il n'est pas pour eux d'obligation d'assistance et de surveillance mutuelles, la solidarité ne se justifie plus. Et, en dehors de cette hypothèse exceptionnelle de pluralité de tuteurs, on peut affirmer que le mineur se trouve dépourvu de toute garantie ou sûreté spéciale, en vue d'obtenir la restitution de son patrimoine ou le remboursement de ses créances.

44. — En réalité, la législation musulmane s'est bornée à assurer le contrôle de la tutelle, et encore ne l'a-t-elle fait que très imparfaitement.

Ce contrôle est confié au cadi ; la surveillance des tuteurs est au nombre des fonctions qui incombent au magistrat. Tout d'abord, le cadi est appelé, le cas échéant, à autoriser certains actes projetés par le tuteur, les actes de disposition portant sur des immeubles. Il voit si l'on se trouve dans l'une des hypothèses où la loi permet l'aliénation, et s'il constate que les conditions requises ne sont pas remplies, il est à même, par un refus d'autorisation, d'empêcher un acte qui aurait pu n'être, pour le tuteur, qu'un moyen détourné de dépouiller son pupille.

Mais le cadi possède, en outre, un pouvoir général de contrôle qui lui permet d'intervenir, à tout moment, dans l'administration du tuteur. Cette faculté d'intervention varie, du reste, d'étendue avec la qualité du tuteur. — Si la tutelle est gérée par un mokaddem, celui-ci n'étant qu'un simple mandataire, délégué dans les fonctions de tuteur, le cadi, son mandant, peut, à

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2150.

tout moment, lui demander des explications, l'obliger à produire des justifications et lui retirer, dès l'instant où il n'a plus sa confiance, la délégation dont il l'a investi, et cela sans avoir à motiver ce retrait de mandat (1).

Si la tutelle appartient au père, ou à celui que le père a désigné dans son testament, le magistrat doit agir avec plus de ménagement et de réserve. Il peut toujours adresser au tuteur des conseils, des observations, des avertissements ; mais, comme ce n'est pas de lui, cadi, que ce tuteur tient ses pouvoirs, il ne peut, à tout moment, exiger des explications ou des justifications. Il ne peut le faire qu'autant que des irrégularités d'une certaine importance, dans la gestion du tuteur, lui ont été signalées, et que des faits ont été prouvés qui rendent ces irrégularités vraisemblables (2). Et, lorsque le cadi croit devoir prendre des mesures de rigueur, celles-ci doivent être justifiées par la gravité des faits, et ne sont plus suffisamment motivées par la raison que le tuteur n'aurait plus la confiance du cadi.

Ces mesures de rigueur sont, suivant l'importance des fautes commises et les risques courus par la fortune du pupille, la destitution et le remplacement du tuteur, — l'adjonction au tuteur d'une sorte de subrogé tuteur.

De la destitution du tuteur, il a été parlé plus haut (3).

Quant à l'organisation d'une sorte de subrogée tutelle, elle a pour objet de placer, près du tuteur, une personne ayant pour mission, non de gérer de concert avec le tuteur, mais de surveiller ce dernier et de prendre, à son défaut, les mesures conservatoires les plus urgentes (4). Cette désignation d'un subrogé tuteur est autorisée dans les rites hanéfite, hanbalite et chaféite. D'après Châràni : « Abou Hanifah et Ahmed, dans son autre donnée, prescrivent, lorsque le tuteur testamentaire prend des habitudes de mal, de lui adjoindre un autre individu qui soit

---

(1) Alger, *Ch. de rev. mus.*, 9 juillet 1898; *Rev. Alg.*, 1898, 2, 435.

(2) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, n° 489, p. 369.

(3) V. *sup.*, n° 34.

(4) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 490, p. 342; — Code du st. pers. égyptien, art. 448, al. 2.

probe et honnête » (1). « Le qâdhi, dit M. Van den Berg, doit exercer un contrôle sur toutes les tutelles ; il peut même adjoindre au tuteur un nâthir ou subrogé tuteur » (2). Et l'art. 445, al. 2, du code du statut personnel et des successions d'après le rite hanéfite dispose que : « s'il (le tuteur testamentaire) n'est pas en état d'en remplir les devoirs, le juge lui adjoindra un cotuteur » (3).

45. — Voilà de quelle manière est organisé, par la loi musulmane, le contrôle de la tutelle. Ce contrôle, a-t-il été dit plus haut, n'est assuré que très imparfaitement. C'est en somme au cadi, et au cadi seul, qu'il appartient de l'exercer (4). Or, dans une circonscription judiciaire, le nombre des mineurs placés sous la tutelle de leur père ou d'un tuteur testamentaire, est beaucoup trop considérable pour que le cadi puisse contrôler effectivement la gestion de ces tuteurs. Sa surveillance doit se disperser, et, pour ce motif, elle ne saurait être efficace.

D'autre part, lorsque la tutelle est gérée par le cadi, il n'est plus de contrôle, puisque c'est au cadi lui-même qu'incombe le contrôle de sa propre gestion.

Le plus souvent, il est vrai, le cadi se sera déchargé sur un mokaddem du fardeau de la tutelle. Mais le nombre de ces mandataires, que se substitue le cadi, sera, souvent, trop considérable pour que leur administration puisse faire l'objet d'un contrôle sérieux. — L'on objectera qu'il appartient, alors, à toute personne intéressée de provoquer l'intervention du cadi, en lui signalant les irrégularités commises (5). — Mais, il y a toujours

---

(1) Châràni, *op. cit.*, p. 550.

(2) Van den Berg, *op. cit.*, p. 165.

(3) V., en outre, Tunis, 25 octobre 1897 ; *Rev. Alg.*, 1899, 2, 16.

(4) Les docteurs musulmans ne prescrivent point, en effet, la constitution d'un conseil de famille ayant pour mission de contrôler la gestion du tuteur. — Tunis, 28 avril 1905 ; *Rev. Alg.*, 1906, 2, 231. — Mais, s'il en est ainsi chez les orthodoxes, il n'en est pas de même chez les Abadhites, où l'*A'chirat* ou groupe de parents paternels, au nombre de trois au moins, procède, au décès du père, à la nomination du tuteur, puis contrôle sa gestion. — Alger, 23 décembre 1903 ; *Rev. Alg.*, 1906, 2, 19.

(5) Alger, 12 décembre 1887 ; *Rev. Alg.*, 1888, 2, 47.

lieu de redouter que le cadi n'apprécie avec une indulgence excessive la conduite de son mokaddem, c'est-à-dire de son préposé, — la responsabilité proclamée du mokaddem devant fatalement entraîner la sienne.

46. — Les critiques qui viennent d'être formulées perdent, en Algérie, une partie de leur importance et de leur portée. Là, en effet, les cadis sont placés sous la surveillance des magistrats français du ministère public, et leurs décisions peuvent être frappées d'appel, soumises à la censure des tribunaux français et revisées par eux. En sorte que, au point de vue qui nous occupe, la situation des mineurs musulmans est, en Algérie, meilleure qu'elle ne l'est dans les pays régis uniquement par la loi musulmane.

On chercha même, à une certaine époque, à rendre cette situation meilleure encore. L'art. 2 de l'arrêté du 2 novembre 1855 ordonna le versement au Beït-el-Mal des sommes perçues en cours de tutelle, et le décret du 13 décembre 1866, art. 40, prescrivit la tenue d'un registre spécial dans les successions intéressant les incapables. Mais ces dispositions ont, depuis longtemps, cessé d'être observées. De là divers projets de réorganisation de la tutelle musulmane, ayant pour objet d'étendre aux mineurs musulmans le bénéfice de la loi française, « avec les tempéraments qu'exige un état social particulier » (1). Ces projets, sauf en ce qui concerne la Kabylie, n'ont pas abouti (2).

§ 6. — *Enfants abandonnés.*

47. — Nous n'entendons point parler, ici, des enfants trouvés, de ceux dont les père et mère sont inconnus, qui ne se rattachent à aucune famille. Il s'agit, au contraire, d'enfants dont la filiation est parfaitement établie, mais qui, en fait, n'ont point de

(1) Rack, *De la tutelle arabe et kabyle*, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la cour d'appel d'Alger, le 1er octobre 1883, p. 14.

(2) Cf. décret du 1er août 1902.

tuteur. — Il semble, au premier abord, qu'une telle situation ne se puisse rencontrer. Le magistrat englobant dans sa tutelle générale tous les incapables de sa circonscription, un mineur ne devrait jamais être sans tuteur, puisqu'il a, tout au moins, pour tuteur le cadi.

Et, cependant, il peut arriver que le père n'ait pas, en mourant, désigné, par testament, de tuteur à son enfant impubère, et que le cadi n'ait point été informé de son décès. Le cadi, ne sachant pas qu'une tutelle lui est dévolue, ne s'occupera pas d'en assurer la gestion. L'enfant restera avec ceux de ses parents qui l'auront recueilli et, en fait, se trouvera sans tuteur. — Cette situation se présentera plus rarement chez les Hanéfites, puisque, dans leur rite, la tutelle, avant de parvenir au cadi, est déférée par la loi à l'aïeul paternel le plus proche. Mais, le fait se produira fréquemment chez les Malékites, la tutelle étant attribuée par eux au cadi, dès l'instant où le père meurt sans avoir désigné de tuteur testamentaire, et le cadi pouvant très bien, à raison de l'étendue de sa circonscription, de la difficulté des communications et de la négligence de la famille, ne pas savoir ou n'apprendre qu'au bout d'un assez long temps qu'un nouvel incapable se trouve placé sous sa tutelle. Et, fatalement, alors, il arrivera que les parents de cet impubère qui l'auront recueilli se mettront en possession de ses biens et se chargeront de les gérer.

D'autre part, il se peut qu'au moment où le père vient à mourir, sans avoir donné de tuteur testamentaire à son enfant, celui-ci soit pubère. Les parents n'ayant plus, à raison de l'âge de cet enfant, à prendre soin de sa personne, considéreront qu'ils n'ont pas à intervenir, et, de lui-même, l'enfant prendra possession des biens que son père lui aura laissés.

48. — Voilà, pratiquement, dans quelles circonstances peut se réaliser cet abandon de l'enfant. Alors se posent les questions suivantes : *a)*. Quelle est la valeur des actes accomplis par le parent de l'enfant impubère qui, sans avoir qualité à cet effet, s'est chargé d'administrer ses biens ? — *b)*. Quel est le sort des

actes de l'enfant pubère abandonné, entré en possession de son patrimoine ?

49. — *a). — Que valent les actes accomplis par le parent qui a recueilli l'enfant impubère ?* — L'intérêt de cet enfant commande, manifestement, que l'on tienne pour valables ceux de ces actes qui sont strictement de conservation et d'administration. Quant aux actes de disposition, ils ne présentent point le même caractère d'urgence ou d'utilité, et l'on n'a plus les mêmes raisons de les valider. — Et, telle semble être la distinction faite, sur ce point, par la législation musulmane, car, d'après Khalil : « Le simple gardien, tel que l'aïeul paternel, n'a pas qualité pour vendre ; néanmoins, il est d'usage de ratifier les ventes de minime valeur ; mais la jurisprudence varie sur la limite à fixer à cette tolérance » (1). Si le jurisconsulte refuse simplement à cet aïeul paternel qualité pour vendre, c'est qu'il lui reconnaît implicitement qualité pour administrer.

On tient donc pour régulièrement accomplis les actes de conservation et d'administration, mais pour non valables ceux de disposition. Et il est à remarquer qu'ici la prohibition d'aliéner est absolue, réserve faite des ventes d'importance minime. Le parent, qui s'est constitué le gérant d'affaires de l'impubère abandonné, ne peut aliéner même les effets mobiliers appartenant à ce dernier, alors que tout tuteur aurait eu le droit de le faire.

50. — *b). — Que valent les actes de l'enfant pubère abandonné ?* Les jurisconsultes musulmans ne s'accordent pas sur la solution à donner à cette question. Il s'élève ici une controverse analogue à celle relatée plus haut (2), à propos des actes de l'individu pubère placé sous la tutelle de son père. Elle a, du reste, la même origine ; elle provient de ce que, en l'espèce, aucun fait extérieur, précis, tel qu'une déclaration d'émancipation, n'est intervenu, qui affirme l'aptitude de l'enfant à gérer ses

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 508.
(2) V. *sup.*, n° 32.

biens, et qui doive le faire considérer comme jouissant d'une pleine et entière capacité, alors qu'il se peut, qu'en fait, cet enfant soit en état d'administrer sa fortune et doive être considéré comme majeur quant aux biens.

Ebn Elqacem est d'avis que si le pubère abandonné paraît capable, les actes accomplis par lui doivent être tenus pour valables, mais qu'ils sont sans valeur dans le cas contraire (1). — Ebn Elferedj ne s'en tient pas aux apparences et n'admet la validité ou la nullité de ces actes, que dans l'hypothèse d'une capacité ou d'une incapacité de fait notoire (2). — Moutarref a adopté une distinction plus subtile. « Celui, dit-il, dont l'incapacité est consécutive à la puberté ne peut agir valablement. Mais, si l'incapacité survient après la capacité, alors ses actes ne sauraient être invalidés » (3). Mais, tous se prononcent pour la validité des actes, lorsqu'il y a doute sur l'état de l'enfant (4).

Quant à Malek, il répudie toute espèce de distinction ; dès l'instant où l'enfant abandonné a atteint l'âge de la puberté, les actes accomplis par lui, depuis cette époque, sont tous valables (5).

Et, l'on doit reconnaître que, théoriquement, l'opinion de Malek est de beaucoup la meilleure. On ne peut lui reprocher sérieusement de compromettre les intérêts de l'enfant, car cet enfant est pubère, c'est-à-dire âgé, d'après la doctrine malékite, d'au moins dix-huit ans, en sorte qu'il ne se trouve livré à lui-même qu'à un âge où, d'ordinaire, l'on possède déjà un discernement suffisant pour gérer ses biens. — Cette opinion, d'autre part, présente ce très grand avantage, qu'elle coupe court à toute incertitude et donne une entière sécurité aux tiers amenés à contracter avec l'enfant abandonné.

51. — En Algérie, le nombre des enfants abandonnés fut

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1328.
(2) *Eod. loc.*, vers 1334.
(3) *Eod. loc.*, vers 1331 et 2.
(4) *Eod. loc.*, vers 1335.
(5) *Eod. loc.*, vers 1330 ; — Mohammed Elbachir Ettouati, *op. cit.*, p. 98.

longtemps considérable. « Je ne suis avisé, disait le cadi de Tlemcen, qu'une fois sur cent du décès d'un père de famille. A sa mort, tout est soustrait : argent, bijoux, mobilier. Quand j'interviens, sur l'avis d'un tiers, il m'est impossible de rétablir le mineur dans ses droits » (1). C'était là une situation fort regrettable, à laquelle la loi du 23 mars 1882, sur l'état civil des indigènes, dans les régions où elle a été appliquée, a mis fin. Les décès devant faire l'objet d'une déclaration, le cadi n'a plus de raison de les ignorer.

Section II

De l'interdiction pour cause de démence.

52. — Il n'est pas de législation qui ne protège les personnes dont l'intelligence n'est pas entière ; mais, le plus souvent, l'étendue de la protection concédée varie avec l'importance du trouble constaté dans les facultés mentales. Cette protection est d'autant plus large que l'intelligence est plus atteinte ; et, comme elle consiste généralement en une incapacité, l'incapacité est d'autant plus étendue que l'état de démence est plus accentué. En droit français, par exemple, l'individu atteint d'imbécillité, de démence ou de fureur, est frappé d'une incapacité générale, tandis que le faible d'esprit et le prodigue conservent l'administration de leurs biens et doivent simplement, dans l'accomplissement de certains actes, se pourvoir de l'assistance d'un conseil judiciaire (2).

En droit musulman, au contraire, l'on ne rencontre pas de distinctions de ce genre. Dès l'instant où il est reconnu qu'une personne, à raison de son manque d'intelligence, mérite d'être protégée, le degré de l'infirmité constatée importe peu. La protection accordée est totale ; cette personne est atteinte d'inter-

(1) Rack, *op. cit.*, p. 12.

(2) Capitant, *op. cit.*, p. 145, 279 et 280.

diction générale, dessaisie de l'administration de ses biens et placée en tutelle (1).

53. — L'interdiction est, ici, motivée par l'altération plus ou moins complète de l'intelligence. Mais il ne s'agit plus d'une insuffisance ou d'une absence d'intelligence naturelle, normale, telle que celle provenant du défaut d'âge. Il s'agit, ici, d'une absence ou d'une insuffisance d'intelligence tenant à un état maladif, — par conséquent anormale, accidentelle. Aussi, l'interdiction ne saurait-elle être encourue de plein droit, et ne peut-elle atteindre que les personnes chez lesquelles cet état maladif a fait l'objet d'une constatation judiciaire.

Il importe, d'autre part, que cette constatation soit portée à la connaissance des tiers. L'état accidentel qui provoque l'interdiction n'est point, en effet, de ceux dont tout le monde peut se rendre compte, que personne ne peut ignorer ou dont tout le monde doit se douter.

Enfin, comme cet état maladif n'a point de durée déterminée, qu'il peut disparaître d'un moment à l'autre, mais, aussi, se prolonger indéfiniment, et que, dans tous les cas, les tiers ne sont pas toujours à même de s'apercevoir de sa disparition, — l'interdiction subsiste tant que la preuve de cette disparition n'a pas été judiciairement rapportée.

§ 1. — *Faits qui peuvent motiver l'interdiction.*

54. — « *Le fou*, dit Khalil, est interdit jusqu'à ce qu'il ait recouvré sa raison » (2). — Et il en est ainsi, quelle que soit la forme que revête *la folie*, et quand bien même celle-ci serait intermittente. L'existence d'intervalles lucides, en effet, ne fait pas obstacle au prononcé de l'interdiction. Khalil ne le déclare pas en termes exprès, mais c'est là une solution qu'implicite-

(1) Alger, 5 novembre 1892; *Rev. Alg.*, 1892, 2, 421.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 492.

ment il admet, puisqu'il se préoccupe du sort de certains actes accomplis par l'interdit, dans un moment de lucidité (1).

55. — Il n'est pas, d'ailleurs, nécessaire, pour que l'interdiction soit encourue, qu'il y ait folie, c'est-à-dire aliénation mentale ou démence caractérisée. La législation musulmane a organisé d'une façon très large la protection de ceux dont l'intelligence n'est pas entière, et permis l'interdiction de toute personne qui n'a pas la plénitude de ses facultés mentales, qui ne possède pas, en dépit de son âge, un discernement complet. Aussi, l'interdiction peut-elle atteindre, non seulement ceux qui sont en état d'*imbécillité*, de *démence* ou de *fureur*, mais aussi les *faibles d'esprit* (2), et même les *prodigues*, « le mauvais usage et la dissipation que le Musulman fait de ses biens étant, comme l'a dit la cour d'Alger, l'indice de l'imbécillité dite *safiah* en droit musulman » (3). D'après Ebn Acem, en effet, « l'homme vertueux qui se montre incapable dans la gestion de sa fortune, sera, *si l'on craint qu'il ne la dissipe*, mis en tutelle » (4). — L'art. 482 du code du statut personnel et des successions d'après le rite hanéfite dispose que : « l'interdiction frappe le mineur, le majeur en état de fureur, de démence ou d'imbécillité, le *prodigue* et le débiteur en état de déconfiture. » — Et Ibrahim Halebi déclare que : « l'interdiction civile frappe six classes d'individus, savoir : les mineurs, les vieillards imbéciles, les insensés, les esclaves, les *prodigues* et les banqueroutiers » (5).

56. — Mais si la simple faiblesse d'intelligence, l'altération partielle des facultés mentales peuvent entraîner l'interdiction, ce n'est qu'autant qu'elles se manifestent par une mauvaise

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 498 et 500 ; — Zeys, *op. cit.*, t. I, p. 101.

(2) Alger, 4 mars 1861 ; Estoublon, *Jur. Alg.*, 1861, 12.

(3) Alger, 9 juillet 1885 ; *Rev. Alg.*, 1889, 2, 519.

(4) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1369.

(5) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 116 ; — Khalil, *trad. Seignette*, art. 498 ; — *Medjellat*, art. 958 et 984 ; — Cass. req., 11 mai 1886, *Rev. Alg.*, 1887, 2, 257 ; Alger, 27 juillet 1891, *Rev. Alg.*, 1891, 2, 547 ; 8 juin 1892, *Rev. Alg.*, 1892, 2, 335 ; Alger, 25 juin 1902, *Rev. Alg.*, 1902, 2, 358. — Cf. C. civ. allemand, art. 6.

administration des biens. « Celui qui s'adonne à la boisson, dit Ebn Acem, mais qui fait fructifier les biens composant sa fortune, ne sera pas mis en tutelle » (1). Les habitudes d'intempérance déterminent, généralement, un affaiblissement de l'intelligence, conduisent, quelquefois, à la folie ; et, cependant, elles ne suffisent pas à motiver l'interdiction ; il faut, en outre, que des faits dénotant l'inaptitude à bien gérer, aient été établis. Et l'on s'explique très bien qu'il en soit ainsi, l'interdiction n'ayant nullement pour but la protection de la personne, mais simplement celle des biens (2).

§ 2. — *Procédure de l'interdiction.*

57. — Pour les raisons précédemment indiquées, l'interdiction ne saurait être encourue de plein droit ; elle n'est pas légale. Elle est judiciaire, car elle suppose l'intervention du magistrat, en vue de constater l'existence de faits de nature à la motiver et à la faire prononcer par jugement.

58. — C'est, en effet, au cadi, et au cadi seul, qu'en principe, il appartient de prononcer l'interdiction. « Les cadis, dit Khalil, sont seuls compétents en matière d'émancipation, d'*interdiction...* » (3). — Mais, comme le cadi n'est que le délégué du Souverain, que c'est de celui-ci qu'il tient ses pouvoirs (4), que, dès lors, s'il peut interdire, c'est parce que le Souverain aurait qualité pour le faire, rien ne s'opposerait à ce que le Souverain prononçât lui-même, directement, l'interdiction de l'un de ses sujets, aux lieu et place du cadi. C'est là, du reste, ce qu'à deux reprises différentes, a décidé le tribunal de Tunis, à l'occasion d'interdictions prononcées par le Bey (5).

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1370.

(2) V. *suprà*, nos 7 et 17.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 511.

(4) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 14.

(5) Tunis, 28 janvier 1895, *Rec. Alg.*, 1895, 2, 319 ; 18 janvier 1897, *Rec. Alg.*, 1897, 2, 412.

59. — Le cadi peut agir d'office, et sans attendre qu'une demande à fin d'interdiction lui ait été adressée. — « Le juge entrant en charge s'occupera, dans l'ordre suivant, des affaires qu'il trouvera pendantes à son tribunal : ... 4° la publication des interdictions contre les mineurs ou les prodigues et *l'évocation des affaires qui les concernent...* » (1). Et ce passage de Khalil a été ainsi traduit et commenté par M. Perron : « il (le cadi) publiera... *l'ordre de lui faire connaître en quels endroits il y a de ces sortes de mineurs* (c'est-à-dire orphelins impubères et individus pubères, mais interdits et incapables ; *il publiera cet ordre en indiquant son désir de leur donner des tuteurs*)... (2) ». — Le magistrat peut donc prendre l'initiative de l'interdiction, et ne pas attendre, pour interdire un individu et lui donner un tuteur, qu'il ait été saisi d'une demande émanant de personnes ayant qualité pour la formuler. Il peut devancer cette demande, et non seulement il le peut, mais il le doit, puisqu'il a le devoir de s'enquérir des personnes en état d'être interdites, de faire en sorte qu'on les lui signale et de les pourvoir de tuteurs.

60. — Il en est ainsi, du reste, encore que les personnes susceptibles d'être frappées d'interdiction ne soient pas atteintes de folie furieuse, — alors même, par conséquent, que l'ordre public n'est pas menacé. Les textes, en effet, ne distinguent pas, et le cadi doit une sollicitude égale, quelle que soit l'importance ou la gravité de la lésion, à tous ceux dont l'intelligence n'est pas entière.

61. — Il n'y a pas lieu, d'autre part, de se préoccuper de la question de savoir quelles personnes ont qualité pour provoquer l'interdiction. Dès l'instant, en effet, où le magistrat est dans l'obligation de faire état de tout avis à lui adressé, et d'interdire toute personne qui lui serait indiquée comme méritant une semblable protection, c'est là une question dépourvue de tout intérêt pratique.

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1418.
(2) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 140.

62. — Seul, l'individu majeur quant aux biens peut être interdit.

En droit français, il est vrai, dans l'opinion de certains auteurs, tout au moins, l'interdiction des mineurs, pour cause de démence, est possible. Et l'on doit reconnaître que, sous l'empire de la législation française, cette interdiction présente quelque utilité; elle empêche, notamment, qu'il ne s'écoule, entre la cessation de la tutelle et le jugement qui la prononce, un certain temps pendant lequel l'ancien pupille resterait privé de toute protection, et dont il pourrait tirer parti pour accomplir des actes de nature à compromettre sa fortune. — Mais comme, dans le rite malékite, notamment, il n'est pas, comme en droit français, d'âge déterminé pour l'acquisition de la majorité, que celle-ci ne découle, en principe, que de l'émancipation, et que si le pupille manifeste des symptômes de démence, son tuteur se gardera bien de l'émanciper, — il n'y a pas lieu de redouter que le mineur, atteint d'aliénation mentale, se trouve, une fois majeur quant aux biens, livré à lui-même; il est, dès lors, inutile de provoquer son interdiction en vue de cette éventualité. Aussi, dans la plupart des textes se référant à l'interdiction pour cause de démence, n'est-il jamais question que de personnes majeures quant aux biens. « L'interdiction, dit, en effet, l'art. 482 du code du statut personnel et des successions d'après le rite hanéfite, frappe le mineur, le *majeur* en état de fureur, de démence ou d'imbécillité... » (1).

63. — Le magistrat ne doit prononcer l'interdiction qu'autant que la preuve de faits de nature à la justifier a été rapportée. Or, comme la question sur laquelle le cadi est appelé à statuer est une question d'état, et que « les questions d'état... ne peuvent être juridiquement prouvées que par deux témoins du sexe masculin » (2), le cadi ne doit point admettre une femme à témoigner de l'existence de ces faits, — même pour compléter

(1) V., en outre, Zeys, *op. cit.*, t. I, p. 101, n° 187.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1562.

la déposition d'un témoin mâle, — et quand bien même c'est contre une femme que serait dirigée la demande d'interdiction.

Dans cette dernière hypothèse, cependant, la cour d'Alger a admis des femmes à témoigner. Elle s'est même crue autorisée à s'en rapporter à leur seul témoignage, disant que, lorsqu'il s'agit d'apprécier la faiblesse d'esprit d'une femme, soumise, comme le sont toutes les femmes musulmanes, à un régime de claustration à peu près complet, la déposition des femmes offre plus de certitude que celle des hommes (1).

Au point de vue de l'équité, cette solution est peut-être des plus satisfaisantes, mais elle est difficilement conciliable avec les principes reçus par la loi musulmane en matière de preuve. Le témoignage exclusif des femmes n'est, en effet, recevable que lorsqu'il s'agit de faits « dont la connaissance échappe aux hommes en raison de leur sexe » (2), et les exemples que fournit Khalil montrent que la démence n'est pas de ceux-là. — D'autre part, si le témoignage des femmes peut être admis pour compléter les déclarations d'un témoin mâle, ce n'est que dans les procès relatifs aux biens (3) ; or, il s'agit, en l'espèce qui nous occupe, d'un débat relatif à une question d'état.

64. — Quand le magistrat tient pour établie la preuve de faits pouvant motiver l'interdiction, il rend un jugement constatant l'existence de ces faits et prononçant l'interdiction. Ce jugement n'est pas susceptible d'appel, la loi musulmane ne connaissant pas l'appel, et le cadi statuant toujours en dernier ressort (4).

Mais les lois et règlements spéciaux à l'Algérie ont modifié, sur ce point, les décisions de la loi musulmane, et les juges français peuvent être appelés à réformer les sentences rendues par des magistrats indigènes. D'où la difficulté suivante : lorsqu'un jugement rendu par un cadi et prononçant l'interdiction d'un Musulman a été frappé d'appel et confirmé,

---

(1) Alger, 20 mars 1861 ; *J. Robe*, 1861, 93.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1564.

(3) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 140 et 141.

(4) V. *infrà*, *L'autorité de la chose jugée.*

l'interdiction a-t-elle son effet du jour où est intervenu le premier jugement, — ou du jour où a été rendue la décision du tribunal d'appel ? — Ce n'est évidemment point dans la législation musulmane qui, n'admettant pas l'appel, n'a pu prévoir une semblable difficulté, que doit être cherchée la solution de cette question ; celle-ci ne peut être tranchée que conformément à la loi française. C'est donc à compter du jugement du cadi, et non de la sentence d'appel, que se produisent les effets de l'interdiction. C'est, du reste, en ce sens que s'est prononcée la cour d'Alger par arrêt du 17 décembre 1884 (1).

65. — Le jugement du cadi qui prononce l'interdiction, doit être publié.

Telle n'est pas, cependant, la solution admise par les tribunaux français d'Algérie et de Tunisie qui, à différentes reprises, ont déclaré que « la législation musulmane ne contient pas de dispositions analogues à celle de l'art. 501 du code civil français, et n'impose pas la publication du jugement d'interdiction » (2). — Or, la législation musulmane renferme, au contraire, sur ce point, des dispositions analogues à celles de la loi française, puisque, d'après Khalil, le juge entrant en charge doit s'occuper « dans l'ordre suivant, des affaires qu'il trouvera pendantes à son tribunal :... 4° *la publication* des interdictions contre les mineurs ou les prodigues » (3). On lit, également, dans l'art. 961 de la *Medjellat :* « Lorsque le juge interdit un prodigue, le fait de l'interdiction et les motifs qui y ont donné lieu, doivent être rendus publics. »

D'ailleurs, alors même que la loi musulmane n'aurait soumis à aucune publicité les jugements d'interdiction, une semblable lacune se trouverait, à l'heure actuelle, comblée, en Algérie, pour tous les territoires auxquels le décret du 17 avril 1889 est

---

(1) *Rev. Alg.*, 1885, 2, 145.

(2) Alger, 7 février 1843, Estoublon, *Jur. Alg.*, 1843, 3 ; Alger, 8 juin 1892, *Rev. Alg.*, 1892, 2, 335 ; Tunis, 28 janvier 1895, *Rev. Alg.*, 1895, 2, 319 ; 18 janvier 1897, *Rev. Alg.*, 1897, 2, 402.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1418.

applicable. Le n° 22 du tarif annexé à ce décret porte, en effet, que : « les interdictions doivent être communiquées aux notaires, et publiées dans toute l'étendue du ressort ».

§ 3. — *Effets de l'interdiction.*

66. — L'interdiction a des effets pour l'avenir, de même qu'elle en produit dans le passé.

67. — Pour ce qui est de l'avenir, les conséquences de l'interdiction se résument dans la formule suivante : elle entraîne la mise en tutelle de l'interdit. Or, la tutelle de l'interdit pour cause de démence obéit, en principe, aux mêmes règles que la tutelle du mineur ; c'est ainsi que Khalil traite concurremment de l'une et l'autre tutelles, et, dans les solutions qu'il donne, associe constamment le mineur au prodigue ou à l'aliéné (1). — Aussi, renvoyant à ce qui a été dit précédemment touchant l'incapacité qui frappe le mineur, le rôle et les pouvoirs de son tuteur (2), nous nous bornerons à formuler les observations suivantes :

a). — La tutelle de l'interdit pour cause de démence est dévolue au cadi ; elle lui appartient de plein droit, à l'exclusion des parents, même les plus proches. En fait, le plus souvent, le cadi ne gère pas ; il abandonne l'administration des biens de l'interdit au parent le plus proche de ce dernier. Mais le parent, fût-il le père, agissant comme délégué du magistrat, n'a d'autres pouvoirs que ceux qui appartiennent à son mandant. Aussi, est-ce avec raison que la cour d'Alger a décidé, le 12 novembre 1890, que : « si, en droit musulman, le père, tuteur de l'enfant mineur, n'est tenu d'aucune justification lorsqu'il allègue la nécessité d'aliéner tout ou partie des biens de son pupille, il n'en est plus de même quand, ainsi que le cas se

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 495, 6, 7 et 8.
(2) V. *suprà*, n° 17 et suiv.

présente dans l'espèce soumise à la cour, il est chargé par le cadi de la tutelle de son fils majeur, frappé de démence. — Attendu, en effet, que dans cette hypothèse le père n'a pas plus de pouvoir qu'un tuteur étranger à la famille, sa tutelle n'étant pas fondée sur la puissance paternelle... » (1).

b). — Les effets de l'interdiction sont les mêmes, quelle que soit la cause pour laquelle elle a été prononcée ; les textes, en effet, ne distinguent pas. Peu importe, dès lors, qu'elle ait été encourue pour aliénation mentale caractérisée, simple faiblesse d'esprit ou prodigalité ; l'interdit, dans tous les cas, se voit enlever la gestion de son patrimoine et demeure frappé d'incapacité générale (2).

c). — Cette incapacité générale ne disparaît point, au cas de folie intermittente, dans les intervalles lucides dont bénéficierait l'interdit.

La cour d'Alger a décidé, cependant, que l'interdit pouvait ratifier dans un intervalle lucide (3), — ce qui implique que, dans l'esprit des magistrats de la cour, l'interdit redevient capable dans les périodes de lucidité, puisque toute ratification, pour être valable, suppose l'état de capacité chez celui de qui elle émane (4).

Il est, à la vérité, des textes qui affirment la validité d'actes accomplis par l'interdit dans un moment de discernement. Mais ils se réfèrent à des actes d'une nature toute spéciale, à certains de ces actes tels que le testament, la répudiation, le désaveu, qui ne comportent pas la représentation (5), et dont il a été parlé précédemment (6). La solution consacrée par ces textes s'explique alors par le caractère particulier de ces actes, et sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir cette idée que,

---

(1) *Rev. Alg.*, 1891, 2, 169.

(2) Alger, 4 mars 1861, Estoublon, *Jur. Alg.*, 1861, 12 ; 9 juillet 1885, *Rev. Alg.*, 1889, 2, 519 ; 8 juin 1892, *Rev. Alg.*, 1892, 2, 335.

(3) Alger, 3 mars 1892 ; *Rev. Alg.*, 1892, 2, 234.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 266.

(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 498 et 500.

(6) V. *suprà*, n° 19.

dans les intervalles lucides, l'interdit serait relevé de son incapacité. C'est ainsi que le mineur en tutelle (et la tutelle des aliénés obéit, en principe, aux mêmes règles que la tutelle des mineurs) peut, s'il est pourvu de discernement, faire un testament valable, et, cependant, Khalil déclare que : « Pourra le tuteur révoquer les actes de l'incapable, même pourvu de discernement » (1). De même, en droit français, certains auteurs autorisent l'interdit à contracter mariage dans un intervalle lucide, bien qu'aux termes de l'art. 502 C. civ., tous actes passés par l'interdit postérieurement au jugement d'interdiction, soient nuls de droit. — Dès lors, si les jurisconsultes musulmans avaient admis, d'une manière générale, la validité des actes accomplis par l'interdit dans un moment de lucidité, et voulu affirmer cette validité, ce n'est point sur le sort de ces actes spéciaux, et seulement sur le sort de ces actes, qu'ils se fussent expliqués, puisque leur validité n'implique pas nécessairement une suspension momentanée de l'interdiction (2).

d). — Les actes accomplis par l'interdit depuis le prononcé de l'interdiction, sont entachés de nullité. — Le droit d'invoquer cette nullité est reconnu, par les textes, au tuteur, ainsi qu'à l'interdit relevé de l'interdiction. — La nullité, lorsqu'elle est demandée, doit être prononcée, sans qu'il y ait lieu de rechercher, nous venons de le voir, si l'acte accompli par l'interdit l'a été, ou non, dans un moment de lucidité, — sans qu'il y ait lieu, également, de se préoccuper du point de savoir si cet acte a été désavantageux ou profitable à l'interdit.

A différentes reprises, cependant, les juridictions algériennes ont décidé que l'interdit ne pouvait être restitué que pour cause de lésion (3).

Cette jurisprudence est en contradiction manifeste avec le

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 495. V., en outre, *eod. loc.*, art. 502.

(2) V., cependant, *Medjellat*, art. 980 ; — Code du st. pers. égyptien, art. 483, al. 2.

(3) Trib. sup., 29 octobre 1838, Estoublon, *Jur. Alg.*, 1838, 18 : Alger, 11 octobre 1842, Estoublon, *Jur. Alg.*, 1842, 21 ; Alger, 17 décembre 1896, *Rev. Alg.*, 1897, 2, 205.

passage suivant de Khalil : « Le mineur devenu majeur ou l'interdit relevé de l'interdiction, pourront révoquer les actes faits par eux sans autorisation, pendant leur incapacité, dussent-ils se parjurer, et *lors même que lesdits actes auraient tourné à leur profit* » (1). Il ne s'agit pas, évidemment, de permettre à l'interdit de s'enrichir au détriment d'autrui ; l'interdit devra faire état de l'enrichissement réalisé par lui, mais la réalisation d'un profit, non plus que l'absence de lésion, ne saurait faire écarter la demande en nullité.

e). — Les effets de l'interdiction ne sont pas subordonnés à l'accomplissement des formalités prescrites pour la publication du jugement qui la prononce ; ils se produisent à compter de ce jugement (2).

68. — Quant aux actes passés par l'interdit antérieurement au jugement d'interdiction, la cour d'Alger décide, et, sur ce point, sa jurisprudence a été ratifiée par la cour suprême, que la nullité doit en être prononcée quand les causes de l'interdiction s'étaient déjà manifestées au moment où ces actes ont été accomplis (3). L'interdiction, en droit musulman, produirait donc, dans le passé, des effets identiques à ceux que lui attribue la législation française (4).

Telle n'est point, il est vrai, la manière de voir de tous les jurisconsultes musulmans. Malek, notamment, enseignait l'opinion contraire. « Les actes antérieurs à l'interdiction, dit Khalil, sont valables selon l'école de Malek, annulables selon celle d'Ibn el-Kacem » (5). La jurisprudence de la cour d'Alger n'en échappe pas moins à toute critique. Elle a pris le parti d'Ibn

---

(1) Khalil, *trad. Seignette,* art. 496.

(2) Arg. Khalil, *trad. Seignette,* art. 502 ; — Tunis, 8 mai 1901, *Rev. Alg.*, 1903, 2, 75.

(3) Alger, 10 janvier 1854, Estoublon, *Jur. Alg.*, 1854, 3 ; 4 et 20 mars 1861, Estoublon, *Jur. Alg.*, 1861, 12 et 21 ; 9 juillet 1885, *Rev. Alg.*, 1889, 2, 519 ; 2 juillet 1888, *Rev. Alg.*, 1890, 2, 54 ; 27 juillet 1891, *Rev. Alg.*, 1891, 2, 547 ; 22 février 1893, *Rev. Alg.*, 1893, 2, 169 ; Req., 11 mai 1886, *Rev. Alg.*, 1887, 2, 257 ; Alger, 25 juin 1902, *Rev. Alg.*, 1902, 2, 358.

(4) Code civil, art. 503.

(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 501.

el-Kacem contre Malek ; elle avait le droit de le faire, elle en avait même le devoir. En effet, bien qu'en certaines matières, l'application de la législation musulmane ait été réservée, le droit français reste, pour les Musulmans algériens, le droit commun, en sorte que les juges français doivent, toutes les fois qu'il leur est possible de le faire, juger conformément au droit français.

§ 4. — *Durée de l'interdiction.*

69. — L'interdiction subsiste tant que dure la situation de fait qui l'a motivée. Elle prend fin avec le retour de l'interdit à la raison ou la cessation de ses habitudes de prodigalité.

Mais prend-elle fin de plein droit ? — Ou bien, de même qu'elle n'est encourue qu'en vertu d'une sentence du juge, subsiste-t-elle tant qu'elle n'a pas été levée par jugement ?

Les jurisconsultes musulmans sont en désaccord sur ce point. « Les actes passés par l'interdit postérieurement au jugement d'interdiction, nous apprend Khalil, sont nuls d'après la première école, valables d'après la seconde, si l'interdit était redevenu sain d'esprit » (1). Ainsi, d'après Ibn el-Kacem, les actes de l'interdit sont valables, l'incapacité qui le frappait, s'évanouit, dès l'instant où cet interdit recouvre la raison. — Pour Malek, au contraire, une sentence du juge est, pour cela, nécessaire, — constatant la modification qui s'est produite dans l'état de l'incapable et prononçant la levée de l'interdiction. Et il semble bien que telle soit aussi la manière de voir de Khalil, car le jurisconsulte parle, par ailleurs, de « l'interdit *relevé* d'interdiction » (2).

La solution à laquelle s'est rallié Malek ne diffère en rien de celle qu'a consacrée l'art. 512 du code civil français ; et, c'est conformément à l'opinion de Malek que les juridictions fran-

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 502.

(2) *Eod. loc.*, art. 496. On lit, également, dans l'art. 997 de la *Medjellat :* « *Le juge prononcera la mainlevée de l'interdiction*, lorsque l'interdit aura cessé d'être prodigue. »

çaises d'Algérie et de Tunisie ont résolu la difficulté (1). Leur jurisprudence, pour les raisons qui viennent d'être exposées (2), ne peut qu'être approuvée.

70. — Le cadi peut, d'office, lever l'interdiction, lorsqu'il pense qu'elle n'a plus sa raison d'être.

Mais rien ne s'opposerait à ce que l'interdit poursuivît judiciairement, lui-même, la levée de son interdiction (3). C'est devant le cadi que sa demande devrait être portée (4) ; ce qui ne manque pas d'être quelque peu choquant, car si, en fait, le cadi n'a pas géré la tutelle, il se trouve être, en droit, le tuteur de l'interdit ; en sorte que, dans le débat qui s'engagera devant lui, il sera à la fois juge et partie. Il est bon d'observer, toutefois, qu'en Algérie, appel de la sentence du cadi peut être interjeté devant un tribunal français ; or, cette faculté d'appel constitue, pour l'incapable, une garantie des plus sérieuses.

71. — Les Musulmans algériens peuvent acquérir la qualité de citoyen français, en se conformant aux prescriptions du sénatus-consulte du 14 juillet 1865. Or, il se peut qu'un Musulman d'Algérie, interdit pour cause de prodigalité, sollicite et obtienne cette qualité de citoyen français. A compter du moment où cette naturalisation spéciale lui est concédée, il ne relève plus que de la loi française, notamment en ce qui concerne son état et sa capacité ; et, comme la loi française n'admet pas que l'interdiction puisse être prononcée pour cause de prodigalité, ce naturalisé se trouve, de plein droit, relevé de l'état d'interdiction dans lequel il était placé (5). — C'est, à notre connaissance, la seule hypothèse dans laquelle l'interdiction puisse prendre fin sans qu'il en ait été ainsi ordonné par jugement.

---

(1) Tunis, 28 janvier 1895, *Rev. Alg.*, 1895, 2, 319 ; Alger, 17 décembre 1896, *Rev. Alg.*, 1897, 2, 205.

(2) V. *suprà*, n° 68.

(3) V. *suprà*, n° 31.

(4) Alger, 12 juillet 1854, Estoublon, *Jur. Alg.*, 1854, 48.

(5) Alger, 29 mars 1893, *J. Robe*, 1893, 160.

CHAPITRE II

L'INTERDICTION POUR CAUSE DE FAILLITE

72. — La loi musulmane a organisé, pour la liquidation du patrimoine du débiteur insolvable et le règlement de sa situation, une procédure à laquelle sont liés tous ses créanciers. L'emploi de cette procédure n'est point limité à une catégorie déterminée de débiteurs ; elle peut être suivie contre toute personne, quelle qu'elle soit, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper du point de savoir si elle est, ou non, commerçante. Lors, en effet, qu'un débiteur n'a point satisfait à son engagement et qu'il n'apparaît pas que son actif soit supérieur à son passif, le créancier non payé peut solliciter et obtenir du juge une décision plaçant le débiteur dans une situation que certains traducteurs nomment : *banqueroute* (1), d'autres : *faillite* (2), d'autres : *déconfiture* (3), d'autres enfin : *insolvabilité judiciairement constatée* (4).

Bien que, comme le fait observer très judicieusement M. Zeys (5), la faillite, en droit français, n'implique pas nécessairement l'insolvabilité, mais simplement le fait de la cessation des paiements, — et suppose, d'autre part, la qualité de commerçant chez le débiteur, nous emploierons, néanmoins, ce terme de *faillite*, pour désigner la situation que crée au débiteur musulman le jugement obtenu par son créancier, parce que l'état du débiteur musulman reconnu insolvable est, comme celui du failli, « un état de droit, établi par jugement, et déterminant un changement complet dans la situation des personnes

---

(1) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 116.

(2) Perron, *dans sa traduction du Précis de Sidi Khalil*, t. IV, p. 7 ; — Seignette, *Code musulman de Khalil*, p. 135.

(3) Houdas et Martel, *dans leur traduction de la Tohfat d'Ebn Acem*, p. 775.

(4) Zeys, *op. cit.*, t. I, p. 101, n° 190.

(5) *Eod. loc.*

et le régime des biens » (1), et qu'il se manifeste par des conséquences analogues à celles qu'entraîne la faillite, telles que le dessaisissement du débiteur.

73. — « La faillite, dit Ibn Arfa, est le dessaisissement du débiteur, prononcé *judiciairement* » (2). L'état de faillite ne saurait, en effet, découler du seul fait de l'insolvabilité du débiteur. Celle-ci peut rester ignorée des tiers, et, comme l'état de faillite produit, à l'égard de ces derniers, des effets considérables, il est juste qu'il ne puisse leur être opposé que lorsque la situation qui la motive, a fait l'objet d'une constatation judiciaire.

74. — « La faillite est le dessaisissement du débiteur. » La déclaration de faillite emporte, en effet, interdiction du débiteur. Cette interdiction ne constitue pas, à la vérité, l'unique manifestation de l'état de faillite, — la déclaration de faillite entraînant, par exemple, déchéance du terme pour le débiteur et rendant possible l'emprisonnement de ce dernier ; — mais elle est, sans contredit, la plus importante, et c'est la seule dont il sera traité ici.

75. — L'interdiction, à la différence de celle qui atteint le mineur ou l'aliéné, n'intervient point, ici, dans l'intérêt de celui qu'elle frappe ; elle est dirigée contre lui. Elle a pour objet la conservation de son patrimoine, mais au profit de ses créanciers. Elle tend à l'empêcher, non de se ruiner, ce qui est déjà fait, mais d'aggraver, au préjudice de ses créanciers, son insolvabilité existante. Elle n'a point pour but d'assurer la bonne gestion de ses biens, mais la réalisation de son patrimoine, en vue d'une équitable répartition du prix entre tous les ayants droit.

76. — On considère, généralement, que l'étude des disposi-

(1) Laurin, *Cours élémentaire de droit commercial*, p. 573.
(2) Khalil, *trad. Seignette*, p. 135.

tions de la loi musulmane, en matière de faillite, est dépourvue d'intérêt pratique, la loi française des faillites étant d'ordre public et régissant, dès lors, tous les commerçants établis sur le territoire français, quelles que soient leur nationalité et leur religion, — en sorte que cette étude sur l'interdiction pour cause de faillite, en droit musulman, se trouverait être sans utilité.

La jurisprudence paraît, en effet, fixée en ce sens, que « les dispositions du Code de commerce relatives à la faillite s'appliquent, en Algérie, à toute personne faisant le négoce » (1). — Mais, la faillite est, en droit français, une institution exclusivement commerciale. Aussi, lorsqu'on a décidé que la faillite du Musulman, se livrant au commerce, en Algérie, est régie par la loi française, n'a-t-on nullement résolu la question de savoir quelle loi, de la loi musulmane ou de la loi française, déterminera la procédure à suivre contre le Musulman non commerçant, en état d'insolvabilité.

Il est vrai que dans les territoires auxquels s'applique le décret du 17 avril 1889, c'est la loi française qui, d'une manière générale, gouverne les rapports contractuels entre indigènes musulmans ; c'est elle, par conséquent, qui règle, en principe, les relations de créancier à débiteur musulmans, et qui fixe, par rapport à ses créanciers, les conséquences de l'insolvabilité du débiteur même non commerçant.

Mais, en territoire de commandement, aux termes de l'art. 5 du décret du 8 janvier 1870, « les cadis connaissent en premier ressort de toutes les affaires civiles et commerciales... » ; ce qui implique, le cadi jugeant toujours d'après la loi musulmane, que c'est cette loi musulmane qui régit tous les rapports civils ou commerciaux entre indigènes musulmans du territoire militaire, et, par là même, toutes les difficultés qui peuvent naître de conventions civiles ou commerciales conclues entre indigènes de ce territoire, toutes les contestations qui peuvent y surgir

(1) Alger, 21 mars 1871, Estoublon, *Jur. Alg.*, 1871, 12 ; 7 décembre 1892, *Rev. Alg.*, 1893, 2, 1.

entre créancier et débiteur musulmans. — Soit, dira-t-on, si le débiteur n'est pas commerçant ; mais si, l'étant, il se trouve en état de cessation de paiements, il ne relève plus que de la loi française, la loi française des faillites étant d'ordre public et ne pouvant être, pour ce motif, tenue en échec par aucune autre loi. — Il n'en est pas moins vrai qu'en territoire de commandement, les cadis étant compétents pour connaître de tout litige entre Musulmans, en matière commerciale comme en matière civile, c'est toujours devant le cadi que sera traduit le débiteur, commerçant ou non ; et s'il arrive que ce débiteur soit insolvable, le cadi n'hésitera pas, quelle que soit la profession qu'il exerce, à procéder, et à procéder conformément à la loi musulmane, au règlement de sa situation.

Enfin, dans les ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie, « le droit musulman continue à régir les conventions civiles ou commerciales entre indigènes arabes... ou Musulmans étrangers... » (1). Les difficultés nées de ces conventions sont tranchées par le juge français, mais elles doivent l'être conformément à la loi musulmane. C'est donc d'après les prescriptions de la loi musulmane que le juge français devra régler les rapports entre débiteur insolvable et créancier musulmans, à moins que le débiteur ne soit commerçant, auquel cas, seule, la loi française des faillites pourrait lui être appliquée ; mais si le débiteur n'est pas commerçant, il n'est plus, alors, de bonne raison pour écarter la loi musulmane.

L'étude de l'interdiction pour cause de faillite, en droit musulman, n'est donc pas sans présenter quelque utilité, même en Algérie.

Section I

Conditions auxquelles se trouve subordonnée l'interdiction.

77. — L'interdiction du débiteur implique son état de faillite,

(1) Décret du 29 août 1874, art. 2.

et celui-ci suppose qu'un jugement est intervenu, à la requête d'un créancier non payé, constatant que le débiteur est insolvable. Voici, d'ailleurs, comment, sur ce point, s'est exprimé Khalil : « L'autorité judiciaire déclare en faillite tout débiteur présent ou absent, lorsqu'on ne connaît pas à ce débiteur de ressources suffisantes pour payer. — Il faut : 1° Que la demande en soit faite par un des créanciers, quand même d'autres s'opposeraient ; — 2° Que la dette soit échue ou soit présente ; — 3° Que la créance excède l'avoir du débiteur, ou bien que, si elle n'excède pas, le débiteur ne puisse, avec ce qui lui restera après le paiement de cette créance, acquitter une autre créance à terme » (1).

« *Il faut : 1° Que la demande en soit faite par un des créanciers, quand même d'autres s'opposeraient* ». — Aucun texte, à notre connaissance, n'impose au débiteur l'obligation de faire connaître au juge son état d'insolvabilité et de provoquer lui-même la liquidation de sa situation. Il n'en est pas, non plus, se référant à l'hypothèse d'une déclaration de faillite prononcée à la requête du débiteur. Khalil prévoit, il est vrai, le cas d'un abandon de biens consenti par le débiteur à ses créanciers, d'un dessaisissement du débiteur spontanément opéré et accepté par les créanciers, mais n'emportant nullement interdiction du débiteur et s'étant réalisé en dehors de toute intervention de justice (2). Et, nulle part, il ne nous montre le débiteur obtenant du juge une sentence à l'effet d'imposer à ses créanciers son propre dessaisissement, faisant prononcer lui-même sa propre interdiction. — Si le silence des textes, sur ce point, ne nous permet pas d'aller jusqu'à affirmer que la loi musulmane, à la différence du droit français, n'admet pas le débiteur à provoquer lui-même sa mise en faillite, il nous autorise, du moins, à affirmer que, dans la pensée des jurisconsultes musulmans, du rite malékite, tout au moins, c'est toujours, en fait, sur

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 7 et 8

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 443.

l'intervention des créanciers qu'est prononcée la déclaration de faillite (1).

Il n'est, d'ailleurs, nullement nécessaire que cette intervention soit collective. L'un quelconque des créanciers peut agir. Khalil ajoute, même, que la faillite doit être déclarée, malgré l'opposition des autres créanciers; et l'on s'explique très bien qu'il en soit ainsi. Tant que le débiteur n'a point été dessaisi de l'administration de ses biens, il conserve la faculté d'avantager tel de ses créanciers qu'il lui plaît. Khalil dit bien que tout créancier peut empêcher son débiteur insolvable « d'aliéner à titre gratuit..., de payer un autre créancier avant l'échéance, de faire à certains de ses créanciers une cession générale de ses biens » (2); mais le jurisconsulte ajoute que ce même créancier « ne peut s'opposer à ce qu'il (le débiteur) cède une partie de son actif, ni à ce qu'il constitue des sûretés » (3); si bien, qu'en dépit de son insolvabilité, le débiteur conserve, dans une certaine mesure, la faculté de modifier la situation respective de ses créanciers. Cette faculté, la déclaration de faillite la lui enlève. La faillite apparaît donc comme le seul moyen de maintenir l'égalité entre les créanciers, d'empêcher que certains créanciers ne soient avantagés au détriment des autres; et voilà pourquoi l'un quelconque des créanciers peut contraindre les autres à subir la mise en faillite du débiteur.

« *Il faut :... 2° Que la dette soit échue ou soit présente* ». — Telle n'est pas, sur ce point, la solution consacrée par la législation française, laquelle permet aux créanciers à terme, voire même aux créanciers conditionnels, d'assigner le débiteur en déclaration de faillite (4).

---

(1) On lit, cependant, dans le *Minhadj at-Talibin*, manuel de jurisprudence selon le rite de Chafii, traduit par M. Van den Berg, t. II, p. 2 : « La faillite s'ouvre aussi sur la demande du débiteur ». Mais l'auteur, Nawawi, fait observer, lui-même, qu'il est des savants accrédités qui inclinent vers l'opinion contraire.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 432.

(3) *Eod. loc.*, art. 433.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VII, n° 94.

« *Il faut :... 3° Que la créance excède l'avoir du débiteur, ou bien que, si elle n'excède pas, le débiteur ne puisse, avec ce qui lui restera après le paiement de cette créance, acquitter une autre créance à terme* ». — Il faut, en un mot, que le passif du débiteur excède son actif, que ce débiteur soit insolvable, qu'il ait prouvé son insolvabilité, car le débiteur est toujours, en principe, présumé solvable (1). — Sur ce point encore, les solutions consacrées par la législation musulmane diffèrent de celles admises par le droit français. En droit français, en effet, le seul fait de la cessation des paiements autorise la mise en faillite du débiteur. Le juge n'a pas à se poser la question de savoir si ce débiteur est ou non solvable ; dès l'instant où la preuve de la cessation des paiements est faite, la faillite doit être déclarée (2).

78. — Telles sont les conditions auxquelles, en droit musulman, se trouve subordonnée la déclaration de faillite. Le droit français, on vient de le voir, a formulé, en la matière, des décisions quelque peu différentes. D'où proviennent ces divergences ? — De ce que la faillite n'a pas, en droit musulman, le même caractère, la même nature juridique qu'en droit français.

En droit français, en effet, la procédure de faillite n'est pas une procédure d'exécution. Elle se résume en un ensemble de mesures ayant pour objet la conservation, dans l'intérêt des créanciers, du patrimoine du débiteur, — ayant pour objet de conserver et même d'améliorer le gage des créanciers. Et ce qui montre bien que tel est le caractère de la faillite, c'est que, loin de se clôturer nécessairement par l'exécution du débiteur, par la vente de ses biens, elle peut aboutir au rétablissement du débiteur à la tête de ses affaires. On conçoit, dès lors, très bien, si tel est le caractère de la faillite, que le droit d'en provoquer l'ouverture n'ait point été strictement réservé à ceux qui, seuls, ont qualité pour exécuter ce débiteur. On comprend, également, pourquoi la déclaration de faillite n'a pas été subor-

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1444.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, n°s 55 et 57.

donnée par la législation française à l'insolvabilité du débiteur, et peut se produire dès l'instant où il y a cessation des paiements. Le fait de cette cessation des paiements est toujours grave ; il dénote une situation pleine de périls et suffit amplement, dès lors, à justifier le recours aux mesures de conservation.

En droit musulman, au contraire, la procédure de faillite est une procédure d'exécution. Voici, d'ailleurs, ce que décide la loi musulmane touchant l'exécution du débiteur qui ne paie pas son créancier :

Le débiteur peut être solvable, — indigent, — ou insolvable, c'est-à-dire posséder un certain actif, mais insuffisant pour assurer le paiement intégral de ses dettes. — Le débiteur est-il solvable, — et, en principe, tout débiteur est présumé tel, — on examine les raisons pour lesquelles il ne paie pas. S'il paraît être dans une situation digne d'intérêt, s'il tarde, par exemple, à désintéresser son créancier, parce qu'il n'a pas d'argent disponible et qu'il lui faut du temps pour réaliser l'un de ses biens, un certain délai lui est accordé (1) ; dans le cas contraire, aucune entrave n'est apportée à la poursuite du créancier ; le débiteur est mis en prison tant qu'il n'a pas payé ou qu'il n'a pas fourni une caution ayant pris l'engagement de payer immédiatement le montant intégral de la dette (2) ; le juge pourrait, également, saisir et donner en gage au créancier des effets mobiliers appartenant au débiteur, voire même en ordonner la vente, sur le prix de laquelle le créancier se désintéressera (3). — Si le débiteur est indigent, sans ressources aucunes, toute procédure est suspendue contre lui, et il ne peut plus être inquiété qu'au cas de retour à meilleure fortune (4). — Enfin, si le débiteur est insolvable, il ne peut être sursis à la poursuite du créancier. Mais comme, à raison de l'insolvabilité du débiteur, tous les créanciers ne pourront être intégralement

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1425 et 1426.
(2) *Eod. loc.*, vers 1437 et 1438.
(3) *Eod. loc.*, vers 1435.
(4) *Eod. loc.*, vers 1427.

payés, la loi musulmane organise, alors, une procédure d'exécution spéciale, destinée à sauvegarder les intérêts des créanciers, à assurer entre ceux-ci une équitable répartition des biens du débiteur. Cette procédure, c'est la procédure de faillite ; et ce qui montre bien qu'elle est une procédure d'exécution, et seulement une procédure d'exécution, c'est qu'elle n'a qu'une issue : l'exécution du débiteur, la vente de ses biens et la répartition du prix entre ses créanciers.

On voit, dès lors, apparaître très nettement la raison d'être des différences signalées plus haut entre le droit français et la législation musulmane. Il semble, alors, tout naturel que la faillite ne puisse être déclarée pour cette seule raison que des mesures de conservation paraissent nécessaires ; — tout naturel, également, que les créanciers à terme ou conditionnels, de même que le débiteur, ne puissent provoquer l'ouverture de la faillite, le droit d'exécuter le débiteur n'appartenant, en principe, qu'aux créanciers, et seulement à ceux dont les créances sont exigibles.

79. — Envisagée à ce point de vue, la faillite musulmane présente les plus grandes analogies avec la *distractio bonorum* du Bas-Empire. L'une et l'autre constituent la voie normale d'exécution au cas d'insolvabilité du débiteur, et se résument dans la saisie en bloc et la vente en détail des biens composant le patrimoine de l'insolvable (1). — Faut-il en conclure que c'est « au droit romain, suivi encore en Asie du temps des khalifes » (2), que les Musulmans ont emprunté leur législation concernant la faillite ? — C'est là une question dont l'examen dépasse le cadre de cette étude et dans la discussion de laquelle nous n'avons pas à entrer. Aussi, croyons-nous devoir nous en tenir à l'observation suivante : il n'est pas douteux que, sur divers points, le droit romain a pénétré la législation musulmane (3).

---

(1) Girard, *Manuel de droit romain*, p. 1040.

(2) Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. I, p. 47.

(3) Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 355 ; — Huart, *Littérature arabe*, p. 233.

Nous-même, avons signalé certaines dispositions du rite hanéfite où se retrouve la trace presque évidente d'une influence romaine (1). Mais, si les jurisconsultes musulmans avaient cru devoir, dans la réglementation de la faillite, s'inspirer des règles du droit romain relatives à la *distractio bonorum*, il serait inexplicable qu'ils eussent laissé complètement de côté la théorie de l'*action paulienne*, dont l'importance, en cette matière, est capitale.

Or, s'ils autorisent les créanciers à demander la nullité de certains actes limitativement déterminés, accomplis par le débiteur en état d'insolvabilité non encore judiciairement constatée, ils ne leur permettent pas de critiquer tous les actes qu'on pourrait considérer comme faits en fraude de leurs droits (2). — D'autre part, l'action en nullité, lorsqu'elle est recevable, n'est nullement subordonnée, quant à son exercice, aux conditions de recevabilité de l'*action paulienne*.

80. — L'interdiction du débiteur, a-t-il été dit plus haut, implique son état de faillite. Pour ce qui est des conditions auxquelles cet état de faillite se trouve subordonné, elles viennent d'être déterminées. Mais l'interdiction est-elle encourue de plein droit, dès l'instant où la faillite a été déclarée ? — Ou bien suppose-t-elle la réalisation de conditions nouvelles ? — Les jurisconsultes musulmans ne s'accordent pas sur la solution à donner à cette question.

Pour Khalil, la déclaration de faillite emporte de plein droit interdiction du débiteur (3).

Ebn Acem pense, au contraire, que l'interdiction doit être prononcée, et qu'elle ne peut l'être que si tous les créanciers se sont mis d'accord pour la réclamer (4).

---

(1) V. *sup.*, n° 27.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 432.

(3) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 9; *trad. Seignette*, art. 436. La même solution est admise par le chaféite Nawawi : « L'ouverture de la faillite, dit-il, en effet, a pour conséquence immédiate que le débiteur est dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens » (*op. cit.*, t. II, p. 2).

(4) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1454.

Quant à Abou Hanifah, il n'admet pas que le failli puisse être interdit. Cependant, il concède qu'il y aurait lieu de tenir le débiteur pour régulièrement interdit, si son interdiction avait été prononcée successivement par deux magistrats différents. « Abou Hanifah décide que l'on n'interdit pas au failli de disposer de ce qu'il possède ; et si un cadi a prononcé l'interdiction, le fait ne devient exécutoire que quand un second cadi l'a prononcée aussi » (1).

Section II

Effets de l'interdiction.

81. — L'interdiction, qui atteint le failli, est dirigée contre lui ; elle tend à protéger, non pas le débiteur, mais bien ses créanciers. Ses effets se résument dans la formule suivante : l'interdiction emporte, au profit des créanciers et dans leur intérêt, dessaisissement du débiteur (2).

§ 1. — *Le dessaisissement envisagé à l'égard du débiteur.*

82. — Le dessaisissement consiste dans la perte, par le failli, de la gestion de son patrimoine ; il a pour but d'empêcher le débiteur de commettre des détournements au détriment de ses créanciers. — En droit français, les choses ne se passent pas autrement ; le jugement déclaratif de faillite a pour conséquence immédiate de dessaisir le failli de l'administration de ses biens, et ce dessaisissement est destiné à protéger les créanciers contre les actes par lesquels le débiteur pourrait être tenté de diminuer leur gage (3).

Mais, en droit français, ce dessaisissement n'est pas la

(1) Châràni, *op. cit.*, p. 310.
(2) Khalil, *trad. Seignette*, p. 135 et art. 436.
(3) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, n° 196.

conséquence de l'interdiction dont se trouverait atteint le failli. Celui-ci n'est pas un interdit, partant ce n'est pas un incapable. De là résulte, qu'en dépit du dessaisissement intervenu, le failli conserve la jouissance et l'exercice de ses droits civils. Tous les actes accomplis par lui sont valables, et s'ils ne peuvent s'exécuter sur ses biens au détriment de ses créanciers, cela tient à ce qu'au regard de ceux-ci, le patrimoine du failli est frappé d'indisponibilité (1). — En droit musulman, au contraire, le dessaisissement n'a pas seulement pour but d'assurer, au profit de la masse des créanciers, l'indisponibilité des biens du failli ; il trouve encore sa raison d'être dans l'état d'interdiction de ce dernier. Le failli est un interdit, c'est un incapable, et l'incapacité qui l'atteint est générale, car il perd, en principe, l'exercice de tous ses droits (2). Aussi, non seulement les actes accomplis par lui, pendant la durée du dessaisissement, ne peuvent s'exécuter sur ses biens, ils peuvent, de plus, être annulés. « Malek et Chaféi, nous apprend, en effet, Châràni, décident que le failli, après qu'il est interdit, n'a plus la *faculté légale et valable* de disposer de son avoir, soit par la vente, soit par donations ou dons » (3). — Le dessaisissement est donc, ici, la manifestation et de l'incapacité qui atteint le failli, et de l'indisponibilité de son patrimoine (4).

83. — L'incapacité, qui frappe le débiteur en faillite, n'est point seulement une incapacité d'exercice, c'est aussi une incapacité de jouissance ; car, s'il perd l'exercice de ses droits, il n'est personne qui ait qualité pour les exercer en son lieu et place. Il ne lui est point donné de tuteur investi de la mission d'administrer ses biens, en son nom et pour son compte. Quant à ses créanciers, s'ils sont mis en possession de son patrimoine, ils ne sont pas chargés de le gérer ; ils n'ont d'autre tâche que de procéder à la vente des biens de leur débiteur et à la

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, n° 208.
(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 436.
(3) Châràni, *op. cit.*, p. 310.
(4) V., cependant, *Medjellat*, art. 1001 et 1002.

répartition du prix en provenant ; ce ne sont pas, à proprement parler, des administrateurs ; ce sont bien plutôt, on le verra par la suite, des agents d'exécution. L'interdit se voit donc enlever, à la fois, et l'exercice et la jouissance de ses droits ; et l'on conçoit, à la rigueur, qu'il en soit ainsi, l'interdiction étant établie, ici, non point dans l'intérêt de l'interdit, mais contre lui

84. — Les actes accomplis par le failli pendant la durée du dessaisissement, émanant d'un incapable, sont entachés de nullité. Mais, seuls et à l'exclusion de leur débiteur, les créanciers devraient, semble-t-il, avoir le droit d'invoquer cette nullité, contrairement au principe qui veut que, seul, l'incapable ait le droit de critiquer ses actes et de les faire annuler. C'est qu'en effet, si, d'ordinaire, les incapacités sont établies dans l'intérêt des incapables, ici tel n'est pas le cas ; car ce sont les créanciers que l'on a voulu protéger par l'interdiction du failli, et non pas le failli lui-même.

85. — Le débiteur, dès l'instant où il est frappé d'interdiction, perd l'exercice de tous ses droits ; l'incapacité qui le frappe est générale. Cependant, d'après Khalil, le failli conserve « l'exercice des droits attachés à sa personne, comme de répudier, divorcer, requérir le talion ou en faire grâce, affranchir la mère de son enfant et lui délivrer son pécule s'il est minime » (1). Pourquoi ces dérogations au principe ?

Au cours de l'étude que nous avons faite de l'interdiction pour cause de minorité ou de démence, nous avons rencontré des solutions analogues. Il nous a été donné de constater, notamment, que, malgré que l'incapacité qui atteint le mineur fût générale, il était certains actes, cependant, qui lui demeuraient accessibles. Nous avons justifié cette anomalie en faisant observer qu'il s'agit là d'actes à l'égard desquels la représentation ne se comprend guère, qui ne se conçoivent que comme l'œuvre essentiellement personnelle de celui qui les accomplit,

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 436. — V., en outre, Châràni, *op. cit.*, p. 310 ; Van den Berg, *op. cit.*, p. 78.

— si bien que retirer au mineur la faculté de passer des actes de cette nature, c'eût été, de l'incapacité d'exercice, qui est la sienne, faire une incapacité de jouissance. — Mais, c'est là une explication dont nous ne saurions nous contenter, ici, malgré qu'elle semble proposée par Khalil lui-même, le jurisconsulte faisant observer, qu'en l'espèce, il s'agit d'exercer des droits *attachés à la personne*. C'est, qu'en effet, en matière de faillite, la loi musulmane ne recule pas devant l'incapacité de jouissance, puisque le failli perd, en principe, non seulement l'exercice, mais aussi la jouissance de tous ses droits (1).

La vérité, croyons-nous, c'est, qu'en la circonstance, il s'agit de droits dont l'exercice n'est pas susceptible de modifier, d'une façon appréciable, la situation pécuniaire du failli, — dont l'exercice se traduit par des actes qui ne sauraient avoir d'influence sérieuse sur la consistance ou la composition du patrimoine du débiteur.

Or, quel est le but de l'interdiction qui frappe le failli ? C'est de mettre ce dernier dans l'impossibilité de modifier la situation de ses créanciers, d'accomplir des actes de nature à compromettre leurs intérêts ; elle a pour objet de sauvegarder des intérêts d'ordre pécuniaire. Et voilà, vraisemblablement, pour quelles raisons le failli, bien que l'interdiction lui enlève, en principe, l'exercice de tous ses droits, peut, cependant, en dépit de cette interdiction, valablement répudier, divorcer, requérir le talion, etc.

86. — Mais l'état d'interdiction du failli ferait-il obstacle à ce qu'il pût s'obliger par ses délits ? Nous ne le pensons pas. Les délits du mineur engagent sa responsabilité (2), et les considérations qui justifient cette solution pourraient être invoquées, ici, avec la même force. — Toutefois, les autres créanciers pourraient s'opposer à ce que les obligations nées de délits commis par le failli, pendant la durée du dessaisissement, pussent

(1) V. *suprà*, n° 83.

(2) V. *suprà*, n° 20.

s'exécuter sur ses biens. Car le dessaisissement subi par le débiteur ne s'explique pas seulement par l'incapacité de celui-ci, mais, aussi, par l'état d'indisponibilité de son patrimoine ; et, si les créanciers ne peuvent exciper ici de l'incapacité du failli, ils ont encore la ressource de se prévaloir de l'indisponibilité de ses biens.

§ 2. — *Le dessaisissement envisagé à l'égard des créanciers.*

87. — Le dessaisissement du failli s'opère au profit de ses créanciers ; ceux-ci sont mis en possession des biens de leur débiteur.

Seuls, les créanciers dont le titre est antérieur au jugement déclaratif de faillite peuvent participer à cet envoi en possession, puisque, le débiteur se trouvant, à compter de ce moment, en état d'interdiction, les créanciers antérieurs peuvent demander la nullité des engagements qu'il aurait pu prendre depuis le jugement prononçant la faillite, et écarter, ainsi, les bénéficiaires de ces engagements.

Mais, tout créancier dont le titre est antérieur à la déclaration de faillite, a le droit de participer à cet envoi en possession, — et cela, quand bien même l'obligation contractée par le débiteur l'aurait été la veille du jugement déclaratif, et alors que le débiteur était déjà en état d'insolvabilité. Ce jugement, en effet, ne dispose que pour l'avenir ; ses conséquences ne se font point sentir dans le passé. — Quant à l'état d'insolvabilité, il n'emporte pas, par lui-même, incapacité du débiteur ; il permet, il est vrai, aux créanciers de demander la nullité de certains actes accomplis par ce dernier, mais ces actes ont été énumérés limitativement par la loi musulmane. C'est ainsi que les créanciers peuvent contester la validité des reconnaissances de dettes émanant de leur débiteur insolvable, mais seulement lorsqu'elles ont été consenties au profit de personnes suspectes, telles qu'une épouse, un frère ou un fils (1), ce qui implique

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 432.

que, faites au profit de toute autre personne, ces reconnaissances de dettes sont pleinement valables. Le débiteur peut donc, en principe et en dépit de son insolvabilité, s'obliger ; de là résulte que celui envers qui il s'est obligé, à une époque où déjà il était insolvable, doit, en principe, être admis au bénéfice de l'envoi en possession.

88. — Si le dessaisissement du failli s'opère au profit de tous les créanciers dont le titre est antérieur au jugement déclaratif de faillite, il n'a lieu qu'au profit de ceux-là. Aussi, toute personne, demandant à participer à l'envoi en possession des biens du failli, doit-elle justifier de sa qualité de créancière et de l'antériorité de son titre par rapport au jugement déclaratif. — Mais, cette justification pourrait-elle résulter de l'aveu du failli ? — Si l'aveu est fait postérieurement à la déclaration de faillite, alors que le débiteur est interdit, dessaisi de ses biens, les autres créanciers ont le droit de demander qu'il soit tenu pour nul et non avenu (1), car il émane d'une personne qui n'a plus la capacité de s'obliger ; or, celui-là seul peut avouer valablement une dette, qui est capable de s'obliger (2). — Si l'aveu se produit avant que le débiteur ait été assigné en déclaration de faillite, il est pleinement efficace, à moins, toutefois, qu'il n'ait été fait par un débiteur insolvable, au profit d'une personne suspecte (3). — Enfin, si l'aveu intervient au cours de la poursuite intentée par les créanciers et devant le juge qui en est saisi, ou immédiatement après le prononcé du jugement déclaratif, il est tenu pour valable, il fait preuve de l'obligation du débiteur ; mais comme, à raison de l'époque tardive à laquelle il se produit, il peut être à bon droit suspecté, il n'est point opposable à la

(1) Châràni (*op. cit.*, p. 311) déclare cependant que, de l'avis de trois des imâm, l'aveu lie le débiteur, mais n'est point, toutefois, opposable à la masse des créanciers. Telle n'est pas, certainement, la manière de voir de Khalil, qui n'admet cette solution que dans le cas où l'aveu se produit au cours de l'instance en déclaration de faillite ou immédiatement après le jugement qui la prononce. — V. *trad. Seignette*, art. 439.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 170; — Arg. Khalil, *trad. Seignette*, art. 718.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 432.

masse des créanciers (1). Toutefois, le bénéficiaire de cet aveu ne saurait être écarté, si les autres créanciers n'avaient, eux-mêmes, d'autre titre que l'aveu de leur débiteur (2).

89. — Le dessaisissement s'opère, du reste, au profit de tous les créanciers justifiant d'un titre antérieur à la déclaration de faillite, et non pas seulement au profit des créanciers poursuivants. Tous les créanciers, sans distinction, sont liés à la procédure de faillite, qu'ils soient présents ou qu'ils ne le soient pas, — qu'ils se soient fait connaître au début des poursuites dirigées contre le débiteur ou seulement après la clôture de la faillite. L'absence d'un créancier n'entraîne pas la méconnaissance de ses droits ; le dividende à lui afférent est mis en réserve (3). De même, le créancier retardataire peut recourir, pour la part lui revenant dans le prix des biens du failli, contre ceux qui se sont effectivement partagé ce prix (4).

90. — Il est certains créanciers, cependant, qui ne participent point d'une façon complète à l'envoi en possession. Ce sont les créanciers d'une faillite antérieure. Au cas de seconde faillite du débiteur, les créanciers de la première faillite qui n'ont pas été intégralement payés, qui n'ont reçu qu'un dividende, peuvent produire à la seconde, mais ils ne peuvent pas concourir avec les créanciers de celle-ci sur le prix de tous les biens du failli ; ils ne concourront avec eux que sur le prix des biens acquis au débiteur par héritage ou en vertu d'une cause préexistante à la première faillite (5). Les jurisconsultes musulmans ont considéré, vraisemblablement, que les autres biens acquis par le débiteur depuis sa première faillite l'avaient été par le fait des créanciers de la seconde, et qu'il était juste qu'ils fussent le gage exclusif de ceux-ci.

---

(1) Châràni (*op. cit.*, p. 312) observe, cependant, que, de l'avis de Chaféi, le créancier bénéficiaire de l'aveu « entre en participation avec les autres »

(2) Khalil, *trad. Seignette,* art. 439.

(3) *Eod. loc.*, art. 458.

(4) *Eod. loc.*, art. 455.

(5) *Eod. loc.*, art. 443.

91. — En droit français, la faillite ne se termine pas nécessairement par la vente des biens du failli. Les créanciers procèdent, tout d'abord, à l'examen de la situation pécuniaire de leur débiteur, et la façon dont la faillite est close varie avec les résultats de leurs investigations. Il y a donc, en toute faillite, une période d'information plus ou moins longue, pendant laquelle il y a lieu de pourvoir à l'administration des biens du failli. Il en est ainsi, alors même que la faillite se clôturerait par l'union des créanciers. Même dans ce cas, il est, dans la faillite, une période d'administration, très nette, très distincte de la période de réalisation (1).

Chez les Musulmans, au contraire, la faillite n'est jamais qu'une mesure d'exécution. C'est la procédure d'exécution organisée contre le débiteur insolvable. Elle n'a qu'une issue : l'expropriation du débiteur au profit de ses créanciers. Aussi ces derniers ne sont-ils pas appelés à prendre parti sur la solution que comporte la faillite, et à pourvoir, en attendant qu'ils l'aient fait, à l'administration des biens du failli. Ils ne sont point chargés de gérer provisoirement le patrimoine de leur débiteur ; ils n'ont qu'une mission : le réaliser. Aussi, s'il est, à la rigueur, possible de discerner, dans la faillite musulmane, une période préparatoire précédant la période de réalisation proprement dite, cette période préparatoire n'est-elle pas une période d'administration et se résume-t-elle en une série d'opérations qui n'ont d'autre but que de faciliter l'expropriation du failli. Que font, en effet, les créanciers ? Ils se préoccupent, tout d'abord, une fois nantis du patrimoine de leur débiteur, d'en établir la consistance ; — sur la masse de biens, ainsi constitués, ils opèrent certains prélèvements ; — après quoi, ils se paient.

92. — Les créanciers n'ont d'action que sur les biens qui sont la propriété de leur débiteur. Il importe donc de distraire de ceux qui sont en sa possession, tous ceux qui pourraient appartenir à des tiers, tels que les objets dont il ne serait que déposi-

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, n° 489.

taire ou consignataire. Mais le failli est présumé propriétaire de tous les biens qu'il possède, et c'est à ceux qui les revendiquent qu'il appartient de faire, à l'encontre des créanciers, la preuve de leur droit de propriété (1). Cependant, Lakmi admet, dans l'hypothèse où le débiteur serait un artisan, que « pourront être revendiquées, sans autre preuve que la désignation faite par l'ouvrier failli, les choses à lui confiées pour être mises en œuvre » (2).

A l'inverse, les créanciers sont autorisés à réclamer le paiement des créances appartenant à leur débiteur (3) ; et dans le cas où l'existence d'une créance ne pourrait être établie que par le serment du failli, et où ce dernier se refuserait à le prêter, les créanciers peuvent le prêter en son lieu et place. Certains jurisconsultes pensent même qu'il n'est pas nécessaire que le serment soit prêté par tous les créanciers, et que la prestation par quelques-uns d'entre eux, en dépit de l'opposition des autres, suffirait pour la conservation de la créance (4). — De même, les créanciers peuvent demander la nullité, non de tous les actes passés en fraude de leurs droits, mais de certains actes accomplis par le débiteur avant la déclaration de faillite, mais alors qu'il était déjà en état d'insolvabilité, et faire rentrer, dans la masse, certains biens qui en étaient indûment sortis. C'est ainsi que les créanciers peuvent poursuivre l'annulation de la donation consentie par le débiteur alors que son passif excédait déjà son actif. Même solution pour le paiement anticipé, — ou la cession de tous ses biens à quelques créanciers (5).

93. — Il est alors fait masse de tous les biens, de toutes les valeurs constituant le patrimoine du failli ; puis, sur la masse ainsi obtenue, l'on opère certains prélèvements. On prélève,

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 440.

(2) *Eod. loc.*, art. 441.

(3) Comme en droit français, les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. — V. Khalil, *trad. Seignette*, art. 437, 438 et 447.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 438.

(5) *Eod. loc.*, art. 432. — V. *sup.*, n° 79.

notamment, sur les biens du débiteur, reconnu excusable, de quoi assurer, pendant un certain temps, son existence et celle des gens à l'entretien desquels il doit pourvoir (1). — On doit également laisser au failli, ainsi qu'à chacun des membres de sa famille, un vêtement de travail (2). — Enfin, certains jurisconsultes pensent que, si le débiteur est un artisan, ses instruments de travail, ses outils doivent lui être restitués (3).

94. — Mais tous les autres biens du failli, « même ses livres de science et de religion et ses deux vêtements de vendredi, si leur valeur est considérable » (4), sont le gage de ses créanciers. En sorte que, les opérations préliminaires qui viennent d'être indiquées une fois accomplies, les créanciers se trouvent en possession de tous les biens, et seulement des biens qui constituent leur gage. Ils n'ont plus, semble-t-il, qu'à procéder à la réalisation de ce gage, à la vente de ces biens, et à s'en partager le prix (5). Mais les choses ne vont pas aussi simplement ; les dernières opérations nécessitées par la liquidation de la faillite sont, en effet, singulièrement compliquées en raison de cette circonstance que tous les créanciers ne sont pas placés sur un pied d'égalité, qu'il en est qui jouissent d'un traitement de faveur, qui échappent à la loi du concours.

95. — Ces créanciers, qui ne sont point soumis à la loi du concours, peuvent être répartis en deux catégories. Les uns sont des créanciers prudents, avisés, qui ont pris la précaution de se faire concéder des garanties spéciales. Ce sont les *créanciers gagistes*, c'est-à-dire des créanciers qui se sont fait céder en nantissement, par le débiteur, des biens lui appartenant. — Ce ne peuvent être, d'ailleurs, que des créanciers gagistes, car la loi musulmane « ne connaît les sûretés réelles, résultant de

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 459.
(2) *Eod. loc.*
(3) *Eod. loc.*, art. 445.
(4) *Eod. loc.*, art. 444.
(5) *Eod. loc.*, art. 448 et 449.

l'affectation d'une chose à la sûreté d'une dette, que sous la forme du gage » (1). Elle ignore l'hypothèque.

Les autres ne doivent pas à leur propre initiative le traitement de faveur dont ils bénéficient ; ils le tiennent directement et uniquement de la loi. — Mais d'où vient que la loi musulmane accorde ainsi une protection spéciale à certains créanciers, encore que ceux-ci n'aient rien fait pour se prémunir contre l'insolvabilité possible de leur débiteur ? — Est-ce en considération de leur personne ? Parce qu'elle présume qu'étant donné leur état de faiblesse, d'incapacité ou de dépendance à l'égard du failli, il leur eût été impossible d'exiger de celui-ci qu'il leur fournît une sûreté quelconque ? — Nullement, puisque la femme du failli (2), de même que l'incapable dont il a géré la tutelle, de même, aussi, que ses gens de service (3), ne sont point autrement traités que la masse des créanciers.

La faveur avec laquelle sont traités certains créanciers ne tient donc pas aux diverses qualités de leur personne ; elle provient, en réalité, des qualités de leurs créances. Tantôt, en effet, cette faveur s'explique par une idée de nantissement tacite. Tel est le cas du *vendeur* non payé qui n'a point encore livré l'objet vendu (4) ; — du *voiturier*, auquel le prix du transport est dû et qui ne s'est point dessaisi de la chose transportée (5) ; — du *preneur*, auquel un animal a été loué et livré par le failli, et qui a payé par avance le prix de la location (6) ; — de l'*acheteur*, qui a payé son prix, et auquel la restitution de l'objet acheté par lui est demandée, par suite de l'annulation de la vente (7).

Tantôt, aussi, cette faveur s'explique par cette idée que le créancier a mis un bien dans le patrimoine du failli, qu'il a

---

(1) Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, p. 138.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 454.

(3) *Eod. loc.*, art. 476.

(4) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1459.

(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 486.

(6) *Eod. loc.*, art. 465.

(7) C'est là, toutefois, une solution controversée. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 487.

contribué à l'accroissement de ce patrimoine, au profit des autres créanciers. Tel est le cas du *bailleur* d'un bien rural, auquel des fermages sont dus, et qui retrouve, chez le failli, la récolte produite par son fonds (1) ; — du *colon partiaire* qui, par son travail dont il n'a pas été payé, a coopéré à la production de cette récolte (2) ; — du *vendeur* qui a livré, mais n'a pas reçu son prix, et dont la chose se trouve encore entre les mains du débiteur (3) ; — de l'*acheteur* qui, ayant dû restituer la chose achetée par lui, à raison de l'annulation de la vente qui lui a été consentie, « retrouve son prix en nature dans les biens du failli » (4) ; — du *coéchangiste,* qui a été évincé de la chose à lui remise par le failli, et qui prouve que celle qu'il a livrée est encore chez le débiteur (5) ; — et de *tout créancier* qui n'a point reçu ce qui lui était dû, mais qui a livré ce qu'en retour il avait promis, et qui justifie de l'existence, dans le patrimoine du failli, du bien dont il s'est dépouillé (6).

Tantôt, enfin, cette faveur s'explique, à la fois, par l'idée de nantissement et par celle d'un accroissement de valeur du patrimoine du failli, dérivant du fait du créancier ; tel est le cas de l'*artisan*, qui n'a pas reçu le prix de son travail et qui est encore nanti de la chose que lui a confiée le failli, pour être mise en œuvre (7).

---

(1) Khalil, *trad. Seignette,* art. 483.

(2) *Eod. loc.*, art. 483.

(3) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1460 et 1461.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 488.

(5) *Eod. loc.*

(6) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 40 : « Un créancier a le droit de reprendre les objets eux-mêmes vendus et consignés par lui à un individu qui les a reçus définitivement, fût-ce même des valeurs en numéraire, et qui ensuite a fait faillite. » Or, ce passage de Khalil a été traduit par M. Seignette de la façon suivante : « En matière de faillite, le créancier d'un corps certain, consistant même en espèces monnayées ou en un esclave échappé, pourra le revendiquer. » Ce qui laisserait supposer qu'en droit musulman, tout créancier d'un corps certain, par ce fait qu'il est créancier d'un corps certain, échappe à la loi du concours. Et telle est bien l'interprétation adoptée par M. Zeys, d'après lequel : « Sont considérés comme créanciers privilégiés, ceux qui sont créanciers d'un corps certain. » — V. Zeys, *op. cit.*, t. I, p. 103, n° 190. — Mais la traduction fournie par M. Perron nous paraît de beaucoup la plus sûre.

(7) Khalil, *trad. Seignette,* art. 484.

96. — La faveur avec laquelle sont traités ces créanciers provient, a-t-il été dit plus haut, des qualités de leurs créances ; aussi, certains traducteurs et commentateurs les appellent-ils : *créanciers privilégiés*, et emploient-ils le mot *privilège*, pour désigner les prérogatives qui leur sont conférées. — C'est là, nous semble-t-il, une terminologie dont il est préférable de s'abstenir. C'est qu'en effet, ces créanciers, s'ils bénéficient d'un traitement de faveur, ne jouissent pas tous de prérogatives identiques, en sorte qu'on ne saurait employer un terme unique pour désigner des situations assez diverses. D'autre part, il n'est point, à proprement parler, dans la législation musulmane, de véritable privilège ; le mot *privilège* éveille l'idée d'une prérogative consistant dans le droit, pour le créancier, d'être payé par préférence sur l'ensemble des biens du débiteur (1) ; or, il n'est rien, dans la législation musulmane, qui réponde à cette notion (2).

97. — En quoi consistent, en effet, les prérogatives concédées par le droit musulman à ces créanciers qui échappent à la loi du concours ? — Elles se résument dans l'attribution au créancier, tantôt d'un *droit de rétention*, — tantôt d'un *droit de revendication*, — tantôt, enfin, d'un *droit de préférence*, mais, seulement, sur le prix d'un bien déterminé.

a). — Droit de rétention. — Le vendeur, encore en possession de la chose vendue, peut se refuser à la livrer, tant que les autres créanciers ne lui offrent pas d'en payer le prix convenu (3). — De même, « en cas d'annulation de la vente, l'*acquéreur* a le droit de retenir la chose achetée jusqu'à reddition du prix » (4).

---

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 753 et 754.

(2) V., cependant, Code du st. pers. égyptien, art. 197.

(3) Les textes ne le disent point formellement, mais ils l'admettent implicitement, puisqu'ils autorisent le vendeur, ainsi qu'on le verra par la suite, à reprendre sa chose, alors même qu'il l'a livrée. — C. civ., art. 1513 ; — C. com., art. 577.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 487.

b). — Droit de revendication. — Il appartient, en principe, à tout créancier qui s'est dessaisi, au profit du failli, d'un bien dont il était propriétaire, et qui n'a pas reçu, en retour, ce à quoi il avait droit (1), — ou qui, l'ayant reçu, s'en est vu évincer (2). — Il consiste dans la faculté, pour le créancier, de reprendre dans le patrimoine du failli le bien qu'il y a mis. — Il appartient, notamment, au *vendeur* non payé, mais qui a livré (3) ; — à l'*acheteur* qui a payé son prix et qui, par suite de l'annulation de la vente, a dû restituer la chose achetée par lui (4) ; — au *coéchangiste*, qu'une éviction a dépouillé de la chose reçue, en échange de celle cédée par lui au failli (5).

Ce droit ne peut s'exercer qu'autant que l'objet revendiqué existe encore dans le patrimoine du failli (6), — qu'il n'en est point sorti, — et qu'il y a conservé son individualité. La revendication ne serait pas recevable si, par exemple, la chose revendiquée avait été vendue par le failli, ou même simplement mise en gage (7). — Elle ne le serait pas davantage, si la chose revendiquée, vendue par le failli, avait été plus tard rachetée par lui. Le créancier ne pourrait, en effet, soutenir que cette chose a été mise par lui dans le patrimoine du débiteur, puisqu'elle s'y trouve à un autre titre que celui dont il peut se prévaloir, et il n'y aurait plus, alors, de bonne raison pour lui concéder un traitement de faveur. Toutefois, si la chose aliénée par le failli lui avait été restituée à la suite de l'annulation ou de la résolution de l'acte d'aliénation consenti par lui, le vendeur non payé pourrait la revendiquer (8), car cette chose est alors réputée n'être jamais sortie des mains du débiteur, si bien

---

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 40 ; — *trad. Seignette*, art. 475.

(2) Telle n'est pas, cependant, l'opinion admise par certains jurisconsultes. Il y avait controverse sur ce point. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 487.

(3) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1460 et 1461 ; — C. com., art. 576.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 488.

(5) *Eod. loc.*

(6) *Eod. loc.*, art. 475.

(7) *Eod. loc.*, art. 478.

(8) *Eod. loc.*

que le vendeur est toujours en droit de prétendre qu'il a contribué à augmenter le gage des autres créanciers.

De même, si le bien revendiqué existe encore dans le patrimoine du failli, mais s'il y a subi des modifications, des altérations, des transformations telles qu'il a perdu son individualité, qu'il n'est plus reconnaissable; s'il s'est, par exemple, confondu avec d'autres biens appartenant au débiteur, comme le blé avec d'autres grains, la revendication ne saurait être admise (1), car il n'est plus alors possible de dire si, et dans quelle mesure, le patrimoine du failli s'est trouvé augmenté par le fait du créancier. — Mais, dès l'instant où la chose livrée par celui-ci est encore reconnaissable, elle peut être revendiquée, quand bien même elle aurait été détériorée ou en partie détruite.

Il s'agit, d'ailleurs, en l'espèce, d'une véritable revendication, d'une action intentée par le créancier, non pas en cette qualité, mais à titre de propriétaire. Le créancier recouvre la propriété de la chose dont il s'est dessaisi, en vertu d'une sorte de résolution de l'aliénation qu'il a consentie (2). — Les textes ne laissent pas place au doute sur ce point. « Le revendiquant, dit Khalil, sera tenu de rapporter à la masse les sommes reçues par lui à valoir sur le prix » (3). L'existence de cette obligation à la charge du créancier ne peut s'expliquer que par l'idée de résolution; car si la reprise opérée par le créancier n'avait d'autre but que de le rétablir dans la possession du bien livré au failli, afin de lui permettre de retenir ce bien jusqu'à parfait paiement, la restitution des acomptes reçus par lui sur le prix n'aurait pas sa raison d'être. — Le *Minhâdj at-tâlibîn* est encore plus formel : « Le vendeur, y est-il dit, pourra, en cas de faillite, rompre le contrat et revendiquer la marchandise dont le prix ne lui a pas encore été payé » (4).

Le créancier peut revendiquer, mais il n'est pas tenu de le

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 475.
(2) C. com., art. 576.
(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 479.
(4) *Trad. Van den Berg*, t. II, p. 9.

faire ; il a, à ce point de vue, un droit d'option (1). Il peut, ou revendiquer, ou se borner à réclamer un dividende. — S'il opte pour la revendication, il reprend sa chose dans l'état où elle se trouve. Si cette chose n'existe plus qu'en partie, il reprendra la partie encore existante et concourra, pour le surplus, avec la masse des créanciers, sur les autres biens du failli (2). — Mais, si la chose revendiquée n'est pas retrouvée dans le patrimoine du débiteur, il encourt, alors, une déchéance ; il perd « son recours sur la masse chirographaire » (3). Pourquoi cette déchéance ? Les textes se bornent à la formuler sans nous fournir le moindre élément de justification.

c). — Droit de préférence. — C'est le droit, qu'ont certains créanciers, d'être payés, avant tous autres, sur le prix provenant de la vente, non de tous les biens du failli, mais d'un bien déterminé. Il appartient au *créancier gagiste*, sur le prix de la chose qui lui a été donnée en nantissement ; — au *bailleur* et au *colon partiaire*, sur le prix de la récolte produite par le fonds que l'un a donné à bail et que l'autre a cultivé (4) ; — à l'*artisan*, sur le prix de la chose qui lui a été confiée pour être mise en œuvre (5) ; — au *voiturier*, sur le prix de la chose transportée (6) ; — au *preneur à bail* d'une bête de somme, sur le prix de celle-ci (7).

Ce droit de préférence est-il sanctionné par un droit de suite ? — Non, en principe. Le créancier ne doit être payé avant tous autres sur le prix d'un bien déterminé, qu'autant qu'il ne s'en est pas dessaisi. « L'ouvrier perd son privilège, dit, en effet, Khalil, s'il se dessaisit de la chose. — Le conducteur a privilège pour le prix du transport, sur la chose transportée, tant qu'elle n'a pas été livrée au destinataire » (8).

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1460.
(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 480.
(3) *Eod. loc.*, art. 475.
(4) *Eod. loc.*, art. 483.
(5) *Eod. loc.*, art. 484.
(6) *Eod. loc.*, art. 486.
(7) Pour le prix de location payé par avance ; Khalil, *trad. Seignette*, art. 485.
(8) Khalil, *trad. Seignette*, art. 484 et 486.

Le créancier n'a donc pas simplement un droit de rétention, puisqu'au cas de vente de la chose retenue, il sera payé par préférence sur le prix de cette chose ; mais ce droit de préférence ne peut s'exercer qu'autant que cette chose n'est point sortie de ses mains.

Ceci ne doit être entendu, toutefois, que sous le bénéfice de certaines réserves. Le droit de préférence qui appartient au créancier gagiste est, dans une certaine mesure, sanctionné par un droit de suite (1). — D'autre part, l'artisan qui a restitué au failli la chose à lui confiée, mais qui a fourni, outre son travail, une matière nouvelle, peut, en dépit de la restitution, invoquer encore son droit de préférence (2). — Enfin, le bailleur et le colon partiaire n'ont pas besoin d'être nantis de la récolte, pour être payés par préférence sur son prix. Ce droit de préférence peut s'exercer dès l'instant où cette récolte n'est pas encore sortie du patrimoine du failli. Il est à remarquer, d'ailleurs, que, contrairement à ce qu'admet Khalil pour le cas de revendication du vendeur non payé, la mise en gage de la récolte par le failli ne ferait pas obstacle à l'exercice de ce droit (3).

98. — Tels sont les créanciers qui bénéficient d'un traitement de faveur, et telles sont les prérogatives qui leur sont concédées. — Or, il se peut que des conflits s'élèvent entre ces divers créanciers échappant à la loi du concours. Il peut arriver, en effet, que deux ou plusieurs créanciers soient amenés à réclamer un même bien appartenant au failli, ou à prétendre simultanément qu'ils ont le droit d'être payés, avant tous autres, sur le prix de ce bien, alors que ce prix n'est pas suffisamment élevé pour les désintéresser. — Comment se régleront ces conflits ?

Les textes ne fournissent, sur ce point, que des décisions contradictoires. « Le bailleur, dit Khalil, aura privilège sur la récolte pour son loyer ; — après lui, le colon partiaire pour le prix de son travail ; — après celui-ci, le créancier nanti de la

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 391, 402 et 403.
(2) *Eod. loc.*, art. 484.
(3) *Eod. loc.*, art. 483.

récolte pour le paiement de sa créance » (1). On pourrait être tenté de conclure de là que le créancier qui a contribué à l'accroissement du patrimoine du failli doit l'emporter, non seulement sur la masse des créanciers soumis à la loi du concours, mais aussi sur ceux qui, pour se soustraire à cette loi, ne peuvent se prévaloir que d'un nantissement exprès ou tacite. — Mais, par ailleurs, Khalil nous dit que : « Le vendeur pourra racheter sa chose mise en gage et concourir pour le coût du rachat » (2). D'où il résulte que le vendeur ne l'emporte point sur le créancier gagiste, et que, dès lors, celui qui a mis un bien dans le patrimoine du failli ne l'emporte pas nécessairement sur le créancier nanti.

Il semble donc, qu'en la circonstance, Khalil ait simplement formulé des solutions d'espèce, sans se préoccuper de les rattacher à un principe général.

99. — Lorsque les créanciers, qui ont la faculté de prendre ou de retenir certains biens du patrimoine du failli, ont usé de ce droit, on procède à la vente des biens restants. On vend, d'abord, les meubles, puis les immeubles. « Il sera procédé, dit Khalil, dans le plus bref délai, à la vente des animaux, et dans un délai comme de deux mois, à celle des immeubles » (3).

Sur le prix provenant de la vente de certains biens, certains créanciers seront payés par préférence. Puis, il sera procédé à la répartition du reliquat du prix de ces biens, s'il y en a un, — et du prix provenant de la vente de tous les autres biens du failli. — A cette répartition seront admis, non seulement les créanciers qui ne peuvent invoquer aucune cause de préférence, mais aussi ceux qui, pouvant invoquer une cause de préférence, ont négligé de le faire, — ceux qui, en dépit des prérogatives dont ils ont bénéficié, n'ont pu être intégralement payés, — mais seulement, alors, pour le reliquat de leur créance ; — enfin, ceux qui, pouvant exciper d'une cause de préférence, se trou-

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 483.
(2) *Eod. loc.*, art. 478.
(3) *Eod. loc.*, art. 448 ; — Nawawi, *op. cit.*, *trad. Van den Berg*, t. II, p. 4 et 5.

vent, momentanément et provisoirement, dans l'impossibilité de le faire ; — tel le créancier gagiste auquel a été donnée en nantissement une récolte pendante qui n'est point encore mûre au moment de la répartition, et que, pour ce motif, on ne peut songer à réaliser (1). Le créancier sera admis provisoirement à la répartition pour le chiffre nominal de sa créance, mais il devra faire état, par la suite, de ce qu'il aura reçu, lorsqu'il aura été procédé à la vente du gage.

Cette répartition se fait au marc le franc (2). Chaque créancier reçoit un dividende proportionnel au montant de sa créance. Ce dividende est payé en argent. Cependant, au cas de dette en nature, le créancier a le droit d'exiger que son dividende lui soit payé en nature, et non point en argent. Il peut demander qu'avec la somme à lui afférente, on achète des choses semblables à celles qui lui sont dues. « Les dettes en nature, dit Khalil, seront évaluées le jour de la répartition, et les dividendes correspondants employés à l'achat de choses semblables, sans recours possible pour le créancier contre ses cocréanciers, en raison de la baisse ou de la hausse des prix » (3).

Section III

Durée de l'interdiction.

100. — L'interdiction cesse de plein droit, par le seul effet de la liquidation de la faillite. Dès l'instant où les créanciers se sont approprié définitivement les lambeaux du patrimoine du failli, celui-ci est relevé de son incapacité ; il n'est nullement nécessaire qu'un jugement intervienne à cet effet (4). Le failli

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 373 ; — C. com., art. 553.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 449.

(3) *Eod. loc.*, art. 451 ; — Nawawi, *op. cit.*, *trad. Van den Berg*, t. II, p. 5.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 442. On s'explique très bien qu'il en soit ainsi. La procédure de faillite est entourée d'une telle publicité, qu'il est parfaitement superflu qu'un jugement intervienne pour en enregistrer la clôture et porter celle-ci à la connaissance des tiers.

recouvre immédiatement pleine et entière capacité, il peut acquérir, aliéner, donner, s'obliger.

101. — Les créanciers du failli restent ses créanciers pour tout ce dont ils n'ont pu être payés ; mais ils ne peuvent l'obliger à travailler (1).

Si le failli, rétabli dans ses droits, acquiert de nouveaux biens, ses anciens créanciers pourront les saisir et se payer sur le prix. Mais ces créanciers ont-ils recouvré leur droit de poursuite et d'exécution individuel, ou bien doivent-ils provoquer la réouverture de la faillite ? — Khalil dit simplement que « le dessaisissement *pourra* être prononcé de nouveau, si le failli acquiert de nouveaux biens » (2). — D'où il semble résulter que la réouverture de la faillite ne s'impose pas, qu'elle est simplement facultative.

Dans le rite hanéfite, il semble bien que les créanciers aient recouvré le droit de poursuivre individuellement le débiteur, l'art. 1668 de la *Medjellat* disposant que « la prescription en matière de créance contre un failli ne court qu'à partir de la cessation de la faillite ». — Comme, aux termes de l'art. 1667 du même code, la prescription ne court qu'à compter du jour où le débiteur est sujet à poursuite, si la prescription court contre le créancier à compter de la clôture de la faillite, c'est, qu'à compter de ce moment, le créancier est en situation d'actionner son débiteur.

Enfin, dans le cas où une seconde faillite viendrait à être déclarée, les créanciers de la première n'ont d'action que sur certains biens, seulement, du failli, sur ceux qu'il a acquis par voie d'héritage ou qui lui sont parvenus en vertu d'une cause préexistante à la première faillite. Tous les autres, pour les raisons précédemment développées (3), sont le gage exclusif des nouveaux créanciers.

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 447.
(2) *Eod. loc.*, art. 442.
(3) V. *suprà*, n° 90.

IV

DE LA NATURE JURIDIQUE DU HOBOUS

IV

DE LA NATURE JURIDIQUE DU HOBOUS

1. — Lorsqu'on se trouve en présence d'un acte juridique déterminé, l'on cherche toujours à préciser l'institution juridique à laquelle il peut être rattaché, — c'est-à-dire l'opération type à laquelle il est possible de ramener cet acte. Ce n'est qu'à cette condition que l'on est à même de résoudre certaines questions fondamentales, telles que les suivantes : d'après quelles règles, dans le cas où les parties contractantes ne se sont pas expliquées, y a-t-il lieu de suppléer à leur silence ? — N'est-il pas, à l'inverse, certaines manifestations de volonté qu'il importe d'écarter, parce qu'elles vont à l'encontre de prescriptions légales ayant un caractère impératif ?

2. — C'est ainsi que les juridictions françaises d'Algérie et de Tunisie, et, après elles, la Cour suprême, ont été amenées, à différentes reprises, à se prononcer sur la question de savoir *quelle est la nature juridique de la constitution de hobous*, — en d'autres termes, à quel type d'opération juridique cette constitution de hobous doit être rattachée ? — Or, les juridictions algériennes, soutenues par la Cour de cassation, sont en complet et persistant désaccord avec le tribunal de Tunis, sur le point de savoir quelle solution il y a lieu de donner à cette difficulté.

3. — Et, cependant, si l'on s'en tenait purement et simplement aux définitions que donnent, du hobous, les jurisconsultes

musulmans, cette question de la nature juridique de la constitution de hobous ne paraîtrait pas devoir arrêter bien longtemps. « Le hobous, dit, en effet, Ibn Arfa, est la donation de l'usufruit d'une chose, pour une durée égale à celle de la chose ; la nue propriété reste au donateur, réellement pendant sa vie, et fictivement après sa mort » (1). — Pour Mohammed Elbachir Ettouati, le hobous « est un des actes de libéralité encouragés par la loi » (2). — Châràni y voit un acte d'immobilisation méritoire et qu'approuve la loi (3). — Et le célèbre jurisconsulte Ibrahim Halebi déclare que « les *wakfs* ou fondations pieuses sont des biens dont le fidèle donateur ou fondateur, *wakif*, est censé s'être volontairement dépouillé pour en céder la propriété absolue à Dieu, et l'usufruit ou la jouissance aux hommes » (4).

En sorte que la constitution de hobous s'analyse, en somme, dans l'aliénation, dans un but pieux, de l'usufruit d'un bien, suivant les uns, — de la pleine propriété de ce bien, suivant les autres (5). Ce n'est, en fin de compte, que l'affectation d'un bien, en propriété ou en jouissance, à un usage pieux ou d'utilité générale. C'est, si l'on attribue à ce mot le sens que lui donne le *Dictionnaire* de Trévoux, la réalisation d'une fondation (6).

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, p. 389.

(2) *Recueil de notions de droit musulman et d'actes notariés*, trad. Abribat, p. 61.

(3) *Balance de la loi musulmane*, trad. Perron, *éd. Luciani*, p. 390.

(4) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. II, p. 437. — Le mot *wakf* a le même sens que le mot hobous ; c'est celui qu'on emploie, de préférence, dans les pays d'Orient.

(5) La constitution de hobous emporte-t-elle cession de la pleine propriété, ou bien de l'usufruit seulement, du bien hobousé ? — C'est là une question que nous n'avons pas à discuter ici, parce que la solution qu'elle comporte ne commande, en aucune manière, celle qui peut être donnée à la difficulté qui nous occupe. Elle a été, du reste, complètement élucidée par MM. Clavel et Mercier, aux savantes études de qui nous renvoyons le lecteur (Clavel, *Le Wakf* ou *Habous* ; — Mercier, *Deuxième étude sur le Hobous ou Ouakof*, Rev. Alg., 1897, 1, 113 ; *Le code du Hobous ou Ouakf selon la législation musulmane*).

(6) « Fondation se dit d'un fonds assigné pour être employé à perpétuité, conformément à l'intention du fondateur, pour des œuvres de piété ou pour l'utilité publique. » — Cf. Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 125 : « Voilà

Si bien que les « règles qui régissent les constitutions de hobous sont manifestement une dépendance du statut réel » (1), doivent être classées dans la catégorie des lois relatives aux biens, par opposition aux lois qui se réfèrent à la personne et à celles qui gouvernent la matière des successions, — puisque ces règles ne se réfèrent ni à l'état, ni à la capacité des personnes, non plus qu'à la dévolution de leur hérédité (2).

Mais, l'on peut être d'avis que, pour apprécier la nature juridique d'un acte déterminé, il faut se garder d'isoler cet acte, de le dégager entièrement des circonstances dans lesquelles il a pris naissance, et de faire abstraction complète du but poursuivi par ceux qui y ont été parties. Or, il n'est pas douteux qu'à l'heure actuelle, en fait, les constitutions de hobous sont destinées, la plupart du temps, à modifier l'ordre légal des successions, à écarter d'une succession des successibles qui y sont appelés par la loi. Envisagée de cette manière, cette institution du hobous apparaît, alors, avec « le caractère d'une transmission à titre successoral » (3), et les règles auxquelles elle obéit semblent, dès lors, une dépendance, non plus du statut réel, mais bien du statut successoral.

On a objecté, il est vrai, que le statut successoral et le statut réel ne constituent point deux statuts distincts, et qu'ils ne font qu'un par leur nature même, — ce que l'on appelle le statut successoral n'étant qu'un aspect particulier du statut réel (4). — Nous répondrons que telle n'est point l'opinion des auteurs modernes, — que ceux-ci, pour la plupart, se refusent à voir, dans les lois qui gouvernent la dévolution des successions, des règles du statut réel (5), — et que, s'ils ne vont pas jusqu'à

---

la fondation au sens technique et spécial du mot ; c'est celle qui consiste dans un patrimoine indépendant et autonome, constitué en vue d'un but statutaire, et ne fonctionnant qu'en vue du but à remplir, appartenant ainsi idéalement à une entité idéale, représentative de l'affectation donnée à la propriété. »

(1) Tunis, 21 juillet 1893 ; *J. tr. T.*, 1893, p. 348

(2) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 77, n° 50.

(3) Civ. cass., 20 novembre 1900 ; *Rev. Alg.*, 1901, 2, 2 ; — 12 juin 1903 ; *Rev. Alg.*, 1903, 2, 45.

(4) Tilloy, *Rép. alph.*, v° Habous, n° 107.

(5) Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit int. pr.*, p. 359, n° 336.

considérer ces lois comme constituant, dans leur ensemble, un statut particulier, ils en font, tout au moins, une dépendance du droit de famille, partant du statut personnel (1). L'on peut donc, sans se rendre coupable d'une *inelegantia juris*, sans commettre la moindre hérésie juridique, se poser la question de savoir si la constitution de hobous doit être classée dans le statut successoral ou dans le statut réel. — On est d'autant mieux en droit de le faire, que la législation spéciale à l'Algérie oppose constamment, on le verra par la suite, le statut réel musulman au régime des successions musulmanes ; — si bien qu'alors même que les lois successorales devraient être tenues, en principe, pour une dépendance du statut réel, l'on est obligé de reconnaître que la législation algérienne a introduit, dans un même statut, « deux branches auxquelles elle a attribué des conditions différentes » (2), et que cette question : *les règles qui gouvernent le hobous rentrent-elles dans la catégorie des lois qui ont pour objet direct et principal de fixer la condition juridique des biens, ou dans celle des lois qui régissent les transmissions héréditaires ?* — ne saurait être éludée.

4. — Or, c'est là une question qui présente de l'intérêt à divers points de vue.

A). — Elle en présente, tout d'abord, dans les pays musulmans ayant accepté ou subi, d'une façon plus ou moins complète, l'influence de puissances européennes, — tels que l'Algérie, la Tunisie ou l'Égypte. Dans ces pays, en effet, l'empire de la loi musulmane a été quelque peu restreint ; une législation nouvelle a été élaborée et mise en vigueur, qui procède directement des législations européennes, et qui a limité plus ou moins, suivant les régions, le domaine d'application du droit musulman. En général, le partage s'est établi de la manière suivante : les statuts personnel et successoral restent régis par la loi

(1) Surville et Arthuys, *loc. cit.* ; — Weiss, *Traité élémentaire de droit int. pr.*, p. 678 et suiv.

(2) Tilloy, *Rép. alph.*, v° Habous, n° 107.

musulmane, — tandis que celle-ci est écartée, plus ou moins complètement, en matière de statut réel.

a). — C'est ainsi qu'en *Égypte*, le statut personnel des Musulmans et leur régime successoral obéissent, encore, aux règles du droit musulman, — alors que les biens leur appartenant sont placés sous l'empire de codes mixtes ou indigènes « calqués sur les codes français » (1).

De même, en *Tunisie*, les sujets du Bey ne relèvent, en principe, que de la loi musulmane, et cela, notamment, quant à leurs statuts personnel et successoral. Mais comme, sous l'influence de la France, le régime de la propriété foncière a été profondément modifié en ce pays, — qu'à côté d'immeubles régis par la loi musulmane, il en est, aujourd'hui, auxquels la loi française du 12 juillet 1885 est seule applicable, — il se peut que des sujets tunisiens se trouvent, le cas échéant, dans l'obligation de respecter le statut réel français.

En *Algérie*, enfin, si les Musulmans peuvent encore revendiquer l'application intégrale de celles de leurs lois et coutumes qui gouvernent leur statut personnel et leurs successions, il n'en est plus de même pour celles qui régissent leurs biens, l'art. 1er du décret du 17 avril 1889, notamment, soumettant à la loi française les immeubles dont la propriété a été constatée conformément à la loi du 26 juillet 1873, ou par un titre français administratif, notarié ou judiciaire, alors même qu'ils appartiennent à des Musulmans.

Dans de telles circonstances, il importe manifestement de savoir si la constitution de hobous est une dépendance du statut réel, ou si elle appartient, au contraire, au statut successoral. Dans cette dernière hypothèse, en effet, il n'est pas douteux que cette constitution, en Égypte, comme en Algérie ou en Tunisie, est demeurée placée sous l'empire de la loi musulmane, et ne s'est point trouvée supprimée ou modifiée par les réformes législatives réalisées. — Dans le cas contraire, il se peut qu'elle se

---

(1) Borelly Bey, *La législation égyptienne annotée*, 1re partie, Introduction, p. XXI.

trouve proscrite ou, tout au moins, paralysée dans certains de ses effets, partant plus ou moins complètement transformée, dénaturée.

b). — D'autre part, dans ces mêmes pays musulmans, à côté des anciennes juridictions établies conformément à la loi islamique, ont été instituées des juridictions nouvelles dont l'organisation ne diffère pas sensiblement de celle des juridictions européennes, et qui ont empiété sur la compétence des juridictions musulmanes. Presque toujours, on a maintenu la connaissance des contestations en matière de statuts personnel et successoral au juge musulman, — mais, celui-ci a perdu, plus ou moins complètement, sa compétence en matière réelle immobilière.

En *Égypte*, par exemple, « les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes et au statut matrimonial, aux droits de succession naturelle et testamentaire, aux tutelles et curatelles », sont restées de la compétence du juge du statut personnel (1), et, par conséquent, pour les Musulmans, des mehkémés, des tribunaux religieux présidés par les cadis et jugeant d'après la loi musulmane ; — mais il en est tout autrement, même à l'égard des Musulmans, des contestations en matière réelle immobilière, lesquelles doivent être portées, soit devant les nouveaux tribunaux indigènes, soit devant les tribunaux mixtes (2).

En *Tunisie*, le règlement des questions relatives au statut personnel ou au statut successoral des sujets tunisiens appartient aux tribunaux religieux (3), alors même qu'elles seraient soulevées à l'occasion d'un procès pour lequel le juge français serait compétent ; — s'il s'agit, au contraire, d'une contestation en matière réelle immobilière, se référant à un immeuble dont la propriété a été établie conformément à la loi française du

(1 et 2) Art. 9 du règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Égypte ; — art. 4 et 5 du Code civil mixte ; — art. 16 du décret portant réorganisation des tribunaux indigènes ; — Borelly Bey, *op. cit.*, Introduction, p. XXII.

(3) Art. 2 du décret du 31 juillet 1884.

12 juillet 1885, le juge français a seul qualité pour statuer, même au cas où, seuls, des Tunisiens seraient en cause (1).

Et, pour ce qui est de l'*Algérie*, si les cadis peuvent encore, dans les territoires auxquels s'applique le décret du 17 avril 1889, statuer, entre Musulmans, sur les contestations relatives au statut personnel et aux successions, — toute compétence, en matière réelle immobilière, leur a été retirée (2).

Si bien, qu'ici encore, l'intérêt qu'il peut y avoir à se prononcer sur la question de savoir si le hobous rentre dans le statut successoral ou dans le statut réel, est évident, — puisque, suivant le parti adopté, l'on est amené à reconnaître ou à refuser, au juge musulman, qualité pour juger les litiges en matière de hobous.

c). — Enfin, en *Algérie*, tout au moins, à côté des officiers ministériels musulmans, ont été institués des officiers ministériels français, dont l'intervention est exclusive de celle des officiers ministériels musulmans, dès l'instant où il s'agit de recevoir un acte régi, quant à la forme et quant au fond, ou quant à la forme seulement (3), par le droit français, et cela, quand bien même cet acte n'intéresserait que des Musulmans. — Si donc, la constitution de hobous est une dépendance du statut réel, le notaire français est, seul, qualifié pour recevoir un acte de hobous se référant à un immeuble francisé, cet immeuble se trouvant, irrévocablement, soumis au statut réel français. — Que si, par contre, le hobous doit être rattaché au statut successoral, le cadi peut instrumenter, — le régime successoral musulman ayant été maintenu, en Algérie, dans son intégralité, et le cadi pouvant, en conséquence, recevoir le testament d'un Musulman, alors même qu'il porterait disposition d'immeubles régis par la loi française.

B). — Mais cette controverse relative à la nature juridique

---

(1) Foucher, *De l'évolution du protectorat de la France sur la Tunisie*, p. 280 ; — Lescure, *Du double régime foncier de la Tunisie*, p. 166 et suiv.

(2) Décret du 17 avril 1889, art. 7.

(3) V. art. 52 du décret du 17 avril 1889.

de la constitution de hobous présente également de l'intérêt au point de vue du droit musulman pur, car elle intervient dans la discussion de questions dont la solution ne doit être cherchée que dans la loi musulmane. Elle a donc de l'importance, même pour les juristes des pays musulmans qui ont conservé leur complète indépendance, dans lesquels le juge possède encore la plénitude de la juridiction, en même temps que la liberté de ne juger que conformément à la loi islamique.

C'est, qu'en effet, les règles qui, en droit musulman, gouvernent les libéralités entre vifs, diffèrent très notablement, à de nombreux points de vue, de celles qui ont été édictées pour les libéralités testamentaires. — C'est ainsi que l'interdit pour cause de minorité ou de prodigalité ne peut consentir de donation entre vifs (1) ; — que la femme mariée malékite ne peut disposer, par voie de donation, de plus du tiers de ses biens sans l'autorisation de son mari (2) ; — que l'on ne peut consentir de donation valable, si l'on est atteint de la maladie dont on doit mourir (3) ; — mais que l'on peut disposer librement de l'intégralité de sa fortune par voie de libéralités entre vifs, sans que les donations ainsi consenties puissent être réduites (4) ; — de même que l'on a la faculté d'avantager, de cette façon, son héritier éventuel, sans même que celui-ci soit soumis, plus tard, à l'obligation du rapport (5).

Les interdits pour cause de minorité ou de prodigalité peuvent, au contraire, tester valablement, s'ils sont pourvus de discernement (6) ; — la femme mariée malékite, pour disposer de ses biens par testament, n'a pas à se munir de l'autorisation maritale (7) ; — on peut faire un testament valable alors même

---

(1) Ebn Acem, *Tohfat*, trad. Houdas et Martel, vers 1355.

(2) Khalil, *trad. Seignette*. art. 521 et 524.

(3) *Eod. loc.*, art. 1296.

(4) « Chacun est maître de faire donation de ce qu'il possède, *même de tous ses biens* » (Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. v, p. 290).

(5) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. ii, p. 365, n° 881 ; — V., en outre, art. 503, C. st. pers. égypt.

(6) Khalil, *trad. Seignette*, art. 498.

(7) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. ii, p. 321, n° 317. — C'est là une constatation qu'on pourrait être tenté, au premier abord, de considérer

qu'on est atteint de la maladie dont on doit mourir (1) ; — les libéralités testamentaires ne peuvent jamais, quels que soient les bénéficiaires, excéder le tiers des biens laissés par le testateur (2) ; — on ne peut, enfin, même dans la limite du disponible, avantager l'un de ses héritiers, le gratifier d'un legs, les qualités d'héritier et de légataire ne se cumulant pas (3).

Dès lors, suivant le point de vue auquel on se place, suivant qu'on voit dans la constitution de hobous une sorte de testament, un acte par lequel le constituant règle, d'une certaine façon, la dévolution de sa succession, partant une institution rentrant dans le statut successoral, — ou suivant qu'on l'envisage comme un acte de disposition, d'aliénation entre vifs et à titre gratuit, portant sur l'usufruit ou la pleine propriété d'un bien, — rentrant, par conséquent, dans le statut réel, — on est amené, dans les différentes hypothèses qui viennent d'être signalées, à formuler des solutions diamétralement opposées.

5. — Pour ce qui est des juridictions égyptiennes, la Cour mixte d'Alexandrie a jugé, par arrêt en date du 1er juin 1892, que « la fixation de la quotité du droit de chacun des bénéficiaires implique l'interprétation des clauses de l'acte constitutif

---

comme dépourvue d'intérêt pratique. Le rite malékite, en effet, à la différence du rite hanéfite (Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. v, p. 295 ; — art. 534 C. st. pers. égypt.), fixe, invariablement, au tiers des biens laissés par le défunt, le montant du disponible ; si bien qu'il semble que la femme mariée malékite ne peut jamais léguer que ce dont elle est capable de disposer, sans l'autorisation maritale, par voie de donation entre vifs. — Il y a, cependant, grand intérêt à savoir si l'acte accompli par cette femme, seule, et portant disposition de plus du tiers de ses biens, est une donation ou un legs ; au premier cas, en effet, l'acte est susceptible d'être annulé dans son entier (Khalil, *trad. Seignette,* art. 524) ; — dans le second, il est simplement passible de réduction (*eod. loc.*, art. 2111 et suiv.). — De même, s'il s'agit d'une donation de plus du tiers, le mari, seul et en sa seule qualité de mari, peut la critiquer ; et il doit le faire avant la dissolution du mariage (Khalil, *trad. Seignette*, art. 521) ; — s'agit-il, au contraire, d'un legs, le droit de réclamer la réduction n'appartient qu'aux héritiers, et c'est à ce dernier titre, seulement, la femme étant prédécédée, que le mari peut l'invoquer.

(1) Khalil exige, simplement, que le testateur soit pourvu de discernement. V. *trad. Seignette,* art. 2047 ; — Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 319, n° 617.

(2) Khalil, *trad. Seignette,* art. 2062.

(3) *Eod. loc.*, art. 2100 et 2101.

du wakf, et soulève une question de droit successoral dépendant du statut personnel » (1). D'où l'on est en droit de conclure que, dans la pensée des magistrats de cette Cour, la matière du wakf rentre dans le statut successoral. — Mais, cette décision est, à notre connaissance, tout au moins, la seule, émanant d'une juridiction égyptienne, qui ait statué sur cette question de la nature juridique de la constitution de hobous. — D'où provient cette pénurie de décisions judiciaires sur le point spécial qui nous occupe? — Vraisemblablement, de ce que c'est, le plus souvent, à l'occasion d'un règlement de compétence judiciaire ou notariale, que se pose notre question, et qu'en Égypte, ce règlement de compétence ne soulève pas, à proprement parler, de difficultés sérieuses, celles-ci se trouvant tranchées par des textes formels de lois ou de décrets. C'est ainsi que l'article 12 du règlement d'organisation judiciaire des tribunaux mixtes décide que : « ne seront pas soumises à ces tribunaux les demandes des étrangers contre un établissement pieux, en revendication de la propriété d'immeubles possédés par cet établissement... » ; — l'article 8 du Code civil mixte reproduit cette disposition, et l'article 16 du décret portant réorganisation des tribunaux indigènes dit que ces tribunaux « ne pourront connaître des contestations relatives à la constitution des wakfs... », cette connaissance étant réservée aux juges du statut personnel, c'est-à-dire aux cadis des mehkémés. — De même, enfin, le décret khédivial du 6 zilheggé 1283 donne compétence aux cadis pour dresser les actes de wakf, les valider et les transcrire sur des registres spéciaux (2).

Les juridictions égyptiennes se sont, dès lors, trouvées en présence de textes formels ; et elles les ont appliqués sans qu'il leur fût nécessaire d'aller chercher, dans un principe de droit, la justification de leurs décisions. Toutefois, si ces juridictions sont liées par les textes, il n'est pas interdit de se demander quel est l'esprit de ces derniers. Or, l'on a prétendu que les solutions

(1) *Bul. lég. et jur. égypt.*, IV, 252.

(2) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 279, n° 180.

consacrées par eux impliquaient que, dans la pensée de leurs rédacteurs, le hobous devait être tenu pour une institution dépendant du statut successoral. Mais, c'est là une opinion sur laquelle nous aurons à revenir, et que nous discuterons par la suite (1).

Si les tribunaux égyptiens n'ont pas eu à se prononcer, ou ont pu éviter de le faire, sur la controverse qui nous occupe, il n'en a pas été de même des juridictions françaises d'Algérie et de Tunisie.

C'est que si, en ces pays, les lois en vigueur établissent, à divers points de vue, une distinction très nette entre le statut réel et le statut successoral, elles ne disent pas auquel de ces deux statuts appartiennent les règles du hobous, — de même qu'elles ne renferment pas de décisions, ni de principe ni d'espèce, au sujet des différentes difficultés dont la solution dépend de celle à donner à notre question de la nature juridique de la constitution de hobous, — si bien que cette question, les juridictions algériennes et tunisiennes n'ont pu l'éluder, et elles ont dû prendre parti.

Pour ce qui est des tribunaux de Tunisie, ils considèrent que « les règles qui régissent les constitutions de hobous sont manifestement une dépendance du statut réel » (2). — Ils reconnaissent, il est vrai, qu'il est des contestations, en matière de hobous, qui peuvent ne soulever que des questions de règlement et de liquidation de succession, partant n'être que des contestations en matière successorale. — Mais, ils maintiennent, qu'en principe, le hobous est une institution rentrant dans le statut réel. — Aussi, ont-ils jugé que, si un tribunal français de Tunisie doit se déclarer incompétent pour connaître d'une contestation relative à un bien hobous, lorsqu'il s'agit d'un litige entre Tunisiens, ne soulevant que des questions de droit successoral (3), et que sa compétence a été déclinée *in limine*

---

(1) V. *infrà*, nos 11 et 12.

(2) Tunis, 21 juillet 1893, *J. tr. T.*, 1893, p. 348.

(3) Tunis, 6 janvier 1896, *J. tr. T.*, 1896, p. 486.

litis (1), — parce que le décret beylical du 31 juillet 1884 réserve expressément, dans son article 2, aux tribunaux religieux, le règlement des contestations relatives au statut personnel ou aux successions des sujets tunisiens, musulmans ou israélites, — rien ne s'oppose plus à ce que ce tribunal prononce sur toutes autres difficultés, en matière de hobous, non seulement entre Européens ou protégés européens, — mais aussi entre Tunisiens et Européens, lorsque sa compétence n'a pas été déclinée *in limine litis*, et quand bien même ces difficultés se référeraient à un immeuble non immatriculé, conformément à la loi du 12 juillet 1885 ; — et voire même, entre Tunisiens, au cas d'immeuble immatriculé. — C'est, qu'en effet, les tribunaux français de la Régence ont qualité pour connaître de tous procès en matière réelle immobilière, entre Européens ou protégés européens (2), — quand même ils se référeraient à des immeubles non immatriculés, — et de tous procès, en matière réelle immobilière, entre toutes personnes, même entre Tunisiens, s'ils concernent des immeubles immatriculés (3). — Et ces tribunaux affirment, en outre, leur compétence à l'égard des contestations entre Européens et Tunisiens, même relatives à des immeubles non immatriculés, lorsque les parties tunisiennes n'ont pas décliné cette compétence dès le début du litige, — l'incompétence de la juridiction française étant, ici, purement relative (4).

En somme, pour les juges français de Tunisie, s'il peut arriver, le cas échéant, qu'un procès relatif à un bien hobousé ne soulève que des questions de droit successoral, — il n'en est pas moins vrai, qu'en principe, toute contestation, en matière de hobous, doit être tenue pour une contestation en matière réelle immobilière, parce que le hobous est une dépendance du statut réel.

---

(1) Tunis, 19 mai 1893, *J. tr. T.*, 1893, p. 313. — Le tribunal de Tunis considère, en effet, que son incompétence, à l'égard des Tunisiens, est purement relative. — V. Terras, *Essai sur les biens habous en Algérie et en Tunisie*, p. 240 et suiv.

(2) Loi du 27 mars 1883.

(3) Loi du 12 juillet 1885, art. 20.

(4) V. Terras, *loc. cit.*

Et c'est bien en ce sens qu'à une certaine époque s'est prononcée la Cour d'appel d'Alger, car, le 20 mars 1861, elle ne reconnaissait aux cadis le droit de statuer sur les litiges se référant à des biens hobousés, qu'autant que ces litiges ne seraient point étrangers aux liquidations de succession (1). — Mais, elle s'est déjugée, par la suite, et sa jurisprudence, à laquelle se sont ralliés, sur ce point, les tribunaux de première instance d'Algérie, n'a plus varié (2) ; et elle a posé en principe que la constitution de hobous n'est, au fond, qu'un mode particulier de transmission à titre successoral. En conséquence, il a été jugé : *a)* que la loi du 26 juillet 1873, en abolissant tous droits réels, servitudes, ou causes de résolution quelconques fondés sur la loi musulmane, qui seraient contraires à la loi française, n'a pas porté atteinte au principe du hobous (3) ; — *b)* qu'un immeuble francisé peut faire l'objet d'une constitution de hobous (4) ; — *c)* que les juges indigènes sont, en principe, compétents pour statuer sur les contestations relatives aux hobous, — pour statuer, notamment, sur la demande en nullité d'un hobous, encore que le bien hobousé aurait été francisé (5) ; — *d)* qu'un cadi peut dresser un acte de hobous se référant à un immeuble francisé (6) ; — *e)* qu'un jugement statuant sur une question de validité de hobous peut faire l'objet d'un pourvoi en revision, encore que le bien hobousé serait régi par le droit français (7).

Et la Cour de cassation, chambre civile, s'est ralliée à cette

---

(1) Estoublon, *Jur. Alg.*, 1861, p. 20.

(2) Le tribunal d'Alger a, cependant, jugé, le 1er avril 1901 (*Rev. Alg.*, 1901, 2, 318), que le hobous est nul quand il a été créé pendant la maladie dont est mort le constituant ; il a ainsi appliqué les règles admises en matière de donation entre vifs, et écarté celles reçues en matière de testament.

(3) Alger, 23 mars 1874 ; Estoublon, *Jur. Alg.*, 1874, p. 18 ; — Constantine, 22 janvier 1895 ; *Rev. Alg.*, 1897, 2, 53.

(4) Bône, 13 février 1900 ; *Rev. Alg.*, 1901, 2, 33 ; — Constantine, 23 avril 1904 ; *Rev. Alg.*, 1904, 2, 274.

(5) Alger, 8 juin 1895 ; *Rev. Alg.*, 1896, 2, 1 ; — 28 décembre 1898 ; *J. Robe*, 1899, p. 164.

(6) Alger, 29 juin 1897 ; *Rev. Alg.*, 1898, 2, 8.

(7) Alger, 4 juillet 1904 ; *Rev. Alg.*, 1905, 2, 53.

jurisprudence. A différentes reprises, en effet, elle a décidé que la constitution de hobous avait le caractère de transmission à titre successoral (1). — La chambre des Requêtes, toutefois, paraît vouloir faire du hobous une dépendance du statut réel, car elle a admis, par arrêts du 3 novembre 1897 (2), les pourvois formés contre deux arrêts de la Cour d'Alger du 28 janvier 1895 et du 8 juin 1895, qui, conformément à la jurisprudence de la chambre civile, avaient jugé que les tribunaux français de Tunisie doivent, même entre Européens, renvoyer devant un tribunal tunisien pour être statué sur la question de savoir si un immeuble litigieux est, ou non, hobous.

On a fait observer, il est vrai, que cette décision de la chambre des Requêtes n'allait pas à l'encontre de la jurisprudence de la chambre civile de la Cour suprême, et qu'elle se pouvait très aisément concilier avec elle (3). Dans les deux espèces, il s'agissait d'arrêts de la Cour d'Alger réformant des jugements du tribunal de Tunis, pour avoir écarté cette idée que le hobous est une dépendance du statut successoral. Or, ce qui est vrai de l'Algérie ne l'est pas de la Tunisie. En Algérie, en effet, le bien hobousé est devenu aliénable ; le hobous n'est plus, dès lors, qu'une sorte de testament ; mais, en Tunisie, il est resté une institution purement musulmane. On conçoit donc, très bien, que la Cour de cassation déclare, avec la Cour d'Alger, que le hobous algérien a le caractère de transmission successorale, et qu'elle décide, cependant, avec le tribunal de Tunis, que le hobous tunisien est une institution rentrant dans le statut réel.

Mais, il importe de remarquer que la validité du hobous n'implique pas l'inaliénabilité absolue du bien hobousé, — que cette inaliénabilité ne constitue pas le caractère distinctif le plus marquant de cette institution, — que ce n'est pas elle qui lui donne sa véritable physionomie. Le hobous, on le verra par

---

(1) 4 avril 1882 ; *Bul. jud. Alg.*, 1882, p. 258 ; — 20 novembre 1900 ; *Rec. Alg.*, 1901, 2, 1 ; — 12 juin 1903 ; *Rev. Alg.*, 1905, 2, 33.

(2) *J. tr. T.*, 1898, p. 21.

(3) Terras, *op. cit.*, p. 245 et suiv.

la suite, c'est l'affectation des revenus d'un bien à un but pieux, et l'inaliénabilité de ce bien est simplement destinée à assurer la réalisation de ce but. D'ailleurs, la loi musulmane (le rite hanéfite principalement) autorise, dans un assez grand nombre de cas, l'aliénation du bien hobousé, et elle ne considère point que, dans ces différentes hypothèses où l'aliénation est possible, la nature juridique de l'institution se trouve modifiée. — On ne saurait, dès lors, tirer argument de ce fait, qu'en Algérie, les règles du droit musulman, touchant l'inaliénabilité du hobous, ne s'appliquent plus avec la même rigueur, pour prétendre que le hobous tunisien et le hobous algérien ne peuvent plus être rattachés au même type d'opération juridique.

Au reste, quelles que soient les transformations que la législation spéciale à l'Algérie a pu faire subir à cette institution, ce qu'il importe de préciser, ici, c'est la nature juridique de la constitution du hobous, d'après le droit musulman pur, et non d'après la loi musulmane, plus ou moins altérée, en vigueur dans les pays musulmans soumis à une puissance européenne.

6. — Or, il ne nous paraît point douteux que la constitution de hobous ne rentre dans le statut réel ; — elle ne saurait être considérée comme une dépendance du statut successoral. Telle est, à notre avis, la solution que commande l'étude du développement historique de cette institution.

7. — Les auteurs musulmans s'accordent pour dire que le hobous était inconnu à l'époque préislamique (1). La première constitution de hobous aurait été faite sur l'indication du Prophète. Ammar ben el-Khattab, devenu propriétaire d'une terre à Khaïbar, et désireux d'en faire un usage qui fût agréable à Dieu, aurait sollicité, à cet effet, les conseils de Mahomet et obtenu la réponse suivante : « Frappe-la de séquestre, afin qu'elle ne puisse être vendue, ni donnée, ni recueillie en héritage, et

(1) Khalil, *trad. Perron,* t. II, p. 25; — Mohammed Elbachir Ettouati, *op. cit.*, p. 61, note 1; — El-Kharchi, *Commentaire de Khalil*, t. VII, p. 78, 2e édit., 1317 H.

affecte ses revenus aux pauvres » (1). — C'est là, du moins, ce qui résulte d'un hadits relaté dans le *Sahih* ou *Çahih* de El-Bokhari (2). — Le hobous serait donc une institution d'origine islamique, imaginée par le Prophète et dont Mahomet aurait pris soin de préciser les principaux caractères.

Mais, les dires des auteurs musulmans, sur ce point, sont difficilement acceptables, car ils apparaissent comme étant en absolue contradiction avec les faits. C'est ainsi qu'Abou Hanifah ne connaissait pas le hadits relaté plus haut, — et son disciple Abou Youssef l'ignora tout d'abord (3). — Il est certain, d'autre part, que les jurisconsultes musulmans témoignèrent longtemps d'une vive répugnance à l'égard des constitutions de hobous, se refusant à en admettre la légalité, ou s'efforçant d'en limiter les conséquences juridiques. Abou Hanifah ne l'autorisait qu'à titre de libéralité testamentaire, — ou de donation entre vifs de l'usufruit d'un bien, consentie pour la durée, tout au plus, de la vie du donateur (4). — Abou Youssef adopta, sur ce point, la doctrine de son maître, et ce n'est qu'après qu'on lui eut signalé la réponse du Prophète à la question d'Ammar ben el-Khattab, qu'il crut pouvoir modifier son opinion en la matière (5). L'authenticité de cette réponse apparaît, dès lors, comme des plus contestables. Comment un jurisconsulte aussi versé, dans la connaissance des hadits, que l'était Abou Hanifah, aurait-il pu ignorer un hadits de cette importance ? — Et, comment, le connaissant, aurait-il songé à éluder des prescriptions aussi nettes, aussi catégoriques que celles qu'il édicte ?

La vérité, c'est que ce fut dans la seconde moitié du IIe siècle de l'Hégire, seulement, qu'a été élaborée la réglementation du hobous (6), — et que les jurisconsultes musulmans s'efforcèrent,

---

(1) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 374, n° 888; — Mercier, *Le Code du Hobous*, p. 12.

(2) El-Bokhari, *Çahih*, trad. Houdas et Marçais, t. II, p. 259.

(3) Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *trad. Benoit Adda et Ghalioungui*, Le wakf ou immobilisation d'après les principes du rite hanéfite, p. 3.

(4) *Eod. loc.*, p. 3 et suiv.

(5) *Eod. loc.*

(6) De Nauphal, *La propriété*, p. 121 et suiv.

tout d'abord, d'entraver le développement de cette institution. Mais, vraisemblablement, en dépit de cette opposition, les constitutions de hobous ne cessèrent de se multiplier ; il fallut, alors, se résigner à admettre ce que l'on ne pouvait empêcher ; et c'est, sans doute, dans le but de légitimer, aux yeux des fidèles, les concessions auxquelles elle était acculée, que la doctrine imagina, ou accepta de tenir pour authentique, l'histoire d'Ammar el-Khattab et de sa terre de Khaïbar. C'est ainsi qu' « Abou Youssef revint sur son opinion, en disant que si ce fait avait été connu de Abou Hanifah, il est certain que celui-ci aurait changé d'avis » (1).

Le hobous aurait donc une origine coutumière. — Mais quelle est, alors, cette origine ?

8. — Celle-ci, d'après M. Belin, « se révèle à l'ouverture du Coran,.... chaque sourate contenant un ou plusieurs versets qui exhortent le Musulman à consacrer partie ou totalité de sa fortune, et même sa personne, dans les voies de Dieu » (2). Le même auteur ajoute que « si la pratique du vakouf n'est pas de prescription divine, c'est-à-dire imposée par le Coran, elle est recommandée par la tradition » (3), — et que, d'ailleurs, « chez la plupart des peuples, la piété a porté des fidèles à se dépouiller, en vue de Dieu, d'une partie de leur fortune, et à la consacrer surtout à l'exercice et à l'entretien du culte » (4).

D'autre part, les explications fournies, sur ce point, par M. de Nauphal, ne diffèrent pas sensiblement de celles que donne M. Belin. « Longtemps, dit cet auteur, avant que les célèbres docteurs de l'Islam se fussent appliqués à régler les institutions des wakoufs par une législation systématique, ce genre de donation était déjà en usage à Médine et dans les principales localités de l'Arabie. Tout paraît démontrer, cependant, qu'à

(1) Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *loc. cit.*, p. 3.

(2) Belin, *Étude sur la propriété foncière en pays musulmans ;* J. Asiat., 1861, n° 151.

(3) *Eod. loc.*, n° 155.

(4) *Eod. loc.*, n° 159.

son origine, le wakouf tenait, en pratique, du caractère de l'aumône pure et simple et qu'il était, par conséquent, soumis aux dispositions, jusqu'alors exclusivement coutumières, qui régissaient les assistances temporaires susceptibles, dans certains cas, de répétition, c'est-à-dire sans aucun caractère spécial qui le distinguât de la donation entre vifs (1)... A toutes les époques de la vie religieuse des hommes, partout où il a fallu remettre, à certaines personnes choisies, les soins divers de célébrer le culte, d'interpréter les dogmes ou de les appliquer, de les propager, de les défendre, — en un mot, de mettre en pratique tous les procédés extérieurs par lesquels se manifeste le sentiment religieux, — les fidèles ont éprouvé le besoin de pourvoir, par des donations volontaires, à l'entretien des personnes appelées à se vouer à ces sortes de services (2)... Il est donc fort naturel que, dans cette situation, les ministres des cultes usent de leur influence sur l'esprit des fidèles, pour les porter à des actes de libéralité à titre perpétuel et irrévocable. On sait que, très souvent, la générosité n'est que le résultat fortuit d'un élan momentané. Trouver le moyen de profiter de ce premier mouvement, l'empêcher de réagir sur lui-même en le mettant à l'abri de la versatilité humaine et des causes de variations multiples qui pourraient surgir dans la suite, tel fut le problème que les docteurs du deuxième siècle s'étaient posé » (3).

En sorte que, pour M. de Nauphal comme pour M. Belin, le hobous aurait son origine dans la pratique des aumônes, ou des donations pieuses consenties en vue d'assurer le service du culte, — pratique dont l'existence se constate chez tous les peuples, pour ainsi dire, — et que les jurisconsultes du deuxième siècle de l'Hégire n'auraient fait que régulariser et réglementer. La théorie du hobous se serait ainsi formée et développée spontanément et naturellement, en quelque sorte, sans qu'il

(1) De Nauphal, *op. cit.*, p. 131.

(2) *Eod. loc.*, p. 128.

(3) *Eod. loc.*, p. 130.

faille aller chercher, dans cette formation et ce développement, la trace d'une influence étrangère ou d'un emprunt à quelque autre législation.

Pour M. Gatteschi (1), au contraire, cette institution du hobous aurait été, comme tant d'autres du droit musulman, empruntée aux populations déjà soumises par les Romains. La législation qui gouverne le hobous dériverait directement de celle qui régissait les *res sacræ* du droit romain, et les *Ædes sacræ* des Romains correspondraient exactement aux mosquées des Musulmans (2).

A une époque plus récente, enfin, M. Zeys a insinué que le hobous aurait bien pu pénétrer dans la législation musulmane « à l'imitation du séquestre général apposé sur la *terre de violence* » (3), — et M. Van Berchem a soutenu que « l'institution du waqf, qui forme encore aujourd'hui un des points fondamentaux de la législation musulmane sur la propriété, a son point de départ précis dans la transformation, opérée à la mort de Mahomet, sur la propriété des biens du *feï* » (4). Le Prophète aurait eu, de son vivant, sur les terres annexées par traité de paix (soit à la suite d'un combat, soit après une soumission spontanée), et faisant partie de ce que la loi musulmane appelle le *feï*, — un droit de disposition absolu. A la mort de Mahomet, ces terres furent revendiquées par ses héritiers; mais on les déclara saisies, immobilisées au profit de la Communauté musulmane. « Le sol devenait ainsi une chose sacrée qui échappait à toute modification juridique ; en un mot, les terres annexées étaient converties en *waqf*. Dès lors, les successeurs de Mahomet

---

(1) Cette hypothèse aurait été suggérée par M. Gatteschi dans une *Étude sur la propriété territoriale, les hypothèques et les wakfs*, que nous n'avons pu nous procurer. Elle lui est imputée par M. Clavel (*op. cit.*, t. I, p. 19, n° 12), à qui nous laissons toute la responsabilité de cette attribution.

(2) L'analogie existant entre les biens hobous et les *res sacræ* avait été affirmée déjà par M. Belin (*loc. cit.*, n° 150), mais sans, toutefois, que le savant auteur ait cru pouvoir aller jusqu'à voir, dans cette analogie, la preuve d'un rapport de filiation.

(3) Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman algérien*, t. II, p. 182, n° 628.

(4) Van Berchem, *La propriété territoriale et l'impôt foncier sous les premiers califes*, p. 12.

n'en étaient plus que les administrateurs, au nom de la Communauté, et n'y avaient aucun droit de propriété » (1). — Telle serait, pour MM. Zeys et Van Berchem, l'origine du waqf ou hobous.

Mais aucune de ces hypothèses ne nous paraît devoir être acceptée ; car, si la théorie du hobous n'a pas été empruntée, comme le croirait M. Gatteschi, aux dispositions de la législation romaine concernant les *res sacræ*, — nous nous refusons également à y voir une institution d'origine purement musulmane, — soit née, ainsi que le pensent MM. Belin et de Nauphal, de la pratique des aumônes religieuses, recommandée par le Prophète ou imaginée par les docteurs du IIe siècle pour exploiter la générosité des fidèles et pousser ceux-ci à des actes de libéralité, à titre perpétuel et irrévocable, — soit dérivant, comme l'affirment MM. Zeys et Van Berchem, de la mise en waqf des terres annexées.

Tout d'abord, les règles du droit romain concernant les *res sacræ* n'ont rien de commun avec celles qui, dans la législation musulmane, gouvernent le hobous. C'est ainsi que ces mots : *res sacræ* s'entendent, uniquement et exclusivement, des temples et du matériel du culte, et ne désignent nullement les biens, productifs de revenus, appartenant à ces temples ou affectés à leurs besoins (2), — alors que les hobous sont, au contraire, des biens, productifs de revenus, le plus souvent, et qui, par eux-mêmes ou leurs revenus, sont destinés à assurer le service du culte ou de toute autre institution ayant un caractère pieux ou d'utilité générale. — D'ailleurs, les *res sacræ* ne sont telles qu'en vertu d'une autorisation donnée par une loi ou par un sénatus-consulte, puis, plus tard, par une constitution impériale ou une décision épiscopale (3) ; la seule volonté d'un simple particulier ne pouvait leur conférer ce caractère (4) ; — tandis que, chez les Malékites, tout au moins, la constitution de hobous peut

(1) Van Berchem, *op. cit.*, p. 11.
(2) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 232.
(3) Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n° 194.
(4) Girard, *loc. cit.*

être verbale, et n'implique pas nécessairement l'intervention d'un représentant de l'autorité (1). — Enfin, si les *ædes sacræ* peuvent avoir un patrimoine, celui-ci est toujours administré, géré par l'État (2) ; — celui qui constitue hobous est toujours libre, au contraire, de confier à qui bon lui semble l'administration des biens dont il dispose (3).

D'autre part, si le hobous était une institution d'origine purement musulmane, née, par exemple, de la pratique des aumônes religieuses, ou se rattachant directement à la mise en waqf des terres annexées, — on ne s'expliquerait pas pourquoi les jurisconsultes musulmans se sont efforcés d'en entraver le développement, en démontrant qu'elle allait à l'encontre des prescriptions du Prophète. C'est ainsi qu'Abou Hanifah rapportait que, « lors de la descente de la soura des femmes (chap. IV du Coran), Ebn Abbas entendit le Prophète dire : « *pas de habs* après la soura des femmes » (4), — et que, d'après un autre hadits : « Aucun acte humain ne saurait prévaloir contre les lois destinées à régir l'héritage, — ou, selon une autre version bien plus explicite : Il est interdit d'instituer un usufruit à perpétuité, au préjudice des héritiers ou à l'encontre des lois de Dieu » (5).

On ne comprendrait pas davantage l'embarras des partisans du hobous, pour arriver à en démontrer la légalité, ni la pauvreté des arguments invoqués par eux. Si l'on fait abstraction, en effet, du hadits concernant Amar el-Khettab et sa terre de Khaïbar, et dont l'authenticité, on l'a vu précédemment (6), est des plus contestables, — il paraît bien difficile, de quelque bonne volonté que l'on soit animé, de voir l'origine et la justification du hobous dans des faits tels que ceux-ci : « Mahomet, suivant le rapport de Bokhari, laissa en mourant une terre qu'il con-

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 176.
(2) Girard, *loc. cit.*
(3) Clavel, *op. cit.*, t. II, n°s 216, 281, 282.
(4) Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *op. cit.*, p. 5.
(5) De Nauphal, *op. cit.*, p. 132 et 133.
(6) V. *sup.*, n° 7.

stitua en sadaqâ « ou aumône »..., et, d'après le même auteur, il conseilla à Saad ibn Abd Ouaqqad d'employer le tiers de sa fortune à des œuvres de ce genre » (1). — Selon Anas ibn Malik, cité par Bokhari, « à l'époque où le Prophète vint à Médine, il ordonna l'édification d'une mosquée, et demanda aux ouvriers combien ils voulaient pour ce travail : Rien, répondirent ceux-ci ; c'est de Dieu que nous réclamons notre salaire » (2). — Et, s'il fallait admettre qu'il y a réellement, dans ce dernier fait, ainsi que le dit M. Belin, « *le premier acte constitutif de vakouf religieux* », on serait quelque peu gêné pour retracer les différentes phases qu'a traversées le développement de cette institution, et pour montrer comment ce fait contenait en germe la théorie du hobous, élaborée par les jurisconsultes du IIe siècle de l'Hégire.

Comment, d'ailleurs, si les simples particuliers qui immobilisaient leurs biens, dans un but pieux, n'avaient eu, primitivement, d'autre but que de se conformer à l'exemple des khalifes ordonnant, au profit de la Communauté musulmane, la mise en waqf des terres annexées, — ceux qui luttèrent pour la légalité du hobous l'auraient-ils ignoré ? — Les revendications infructueuses des héritiers de Mahomet, relativement aux terres faisant partie du *feï*, et la mise en waqf de ces terres par les successeurs du Prophète (3), étaient des faits certains, connus, dont les partisans du hobous n'eussent pas manqué de tirer des arguments autrement forts et concluants que ceux qu'ils puisèrent dans des hadits d'une authenticité douteuse ou auxquels ils donnaient une signification et une portée des plus contestables, si, comme l'affirme M. Van Berchem, l'institution du waqf avait réellement « son point de départ précis dans la transformation opérée, à la mort de Mahomet, sur la propriété des biens du *feï* » (4). — Puis, si la constitution de hobous n'avait été, à son origine, qu'une adaptation de la mise en waqf des terres

(1) Belin, *loc. cit.*, n° 155.
(2) *Eod. loc.*, n° 158.
(3) Van Berchem, *op. cit.*, p. 11.
(4) *Eod. loc.*, p. 39.

annexées, la condition des terres hobousées n'aurait point dû différer sensiblement de celle de ces terres annexées. Or, en dépit de quelques analogies, elle s'en différenciait à divers points de vue extrêmement importants. C'est ainsi que, à l'origine, le hobous emportait dessaisissement immédiat du fondateur, — tandis que la mise en waqf des terres annexées laissait, au contraire, subsister le droit des habitants à la possession et à la jouissance de leurs terres. — D'autre part, lorsqu'il fut admis que le fondateur pourrait se réserver l'usufruit du bien hobousé et désigner un certain nombre de bénéficiaires qui recueilleraient cet usufruit à son décès, ces bénéficiaires et ce fondateur ne furent point astreints au paiement d'aucune taxe particulière, au profit de la fondation pieuse, bénéficiaire définitive ; — or, en terres annexées, le possesseur était soumis à l'acquittement d'un impôt spécial, le *kharadj*, lequel était ce par quoi se manifestait le droit de domaine éminent de la Communauté musulmane, bénéficiaire de la mise en waqf de ces terres. — Enfin, dans la législation musulmane, la condition juridique de la terre détermine, généralement, le mode d'imposition de celle-ci (1), en sorte que, d'une différence dans le mode d'imposition, on est autorisé à conclure à une différence dans la condition juridique. Or, au point de vue fiscal, les biens hobous n'étaient point placés dans la même catégorie que les terres annexées. On ne pouvait hobouser qu'une terre de dîme (2), et cette terre, une fois hobousée, restait terre de dîme (3) ; — les terres annexées, grevées de waqf au profit de la Communauté musulmane, appartenaient, au contraire, à la catégorie des terres de tribut. — Or, cette différence de régime serait inexplicable, si la pratique du hobous devait être rattachée directement à la mise en waqf des terres annexées.

La vérité, c'est que, loin d'avoir été dictées par le désir de se conformer aux prescriptions du Prophète, les premières constitutions de hobous semblent bien n'avoir eu d'autre but

(1) Van Berchem, *op. cit.*, p. 12.
(2) Khalil, *trad. Seignette,* art. 1233.
(3) Belin, *op. cit.*, Journ. asiat., avril-mai 1862, p. 272, n° 383.

que d'éluder certaines règles de la législation coranique, et d'assurer la survivance de certaines coutumes de l'époque préislamique. Telle est bien, en effet, la conclusion qui se dégage de toute une série de faits.

Abou Hanifah, par exemple, condamna, tout d'abord, la pratique du hobous (1) ; et si, plus tard, son opinion se modifia, il ne permit jamais de disposer de ses biens, par voie de constitution de hobous, qu'aux conditions auxquelles et dans la mesure où il est licite de disposer de ses biens par testament (2). On voit, en somme, le grand imam constamment préoccupé, en la circonstance, d'assurer le respect des lois coraniques en matière de dévolution successorale. Ce qui tendrait à démontrer que, dans sa pensée, les constitutions de hobous n'avaient d'autre but que d'éluder l'application de ces lois.

Il est à remarquer, d'autre part, que c'est à Médine que se manifestèrent les résistances les plus vives et les plus tenaces contre les innovations législatives réalisées par le Prophète, ainsi que l'attachement le plus durable aux traditions de l'époque préislamique. C'est ainsi que Mâlik ibn Anas, le fondateur de l'École malékite, réalisa de nombreux emprunts aux vieilles coutumes médinoises, pour la composition de la *Muwatta*. Il « puisait, dit Ibn Khaldoun, dans une autre source dont personne que lui ne s'était servi, je veux dire dans la coutume de Médine » (3). Et l'autorité que Mâlik attachait à cette coutume était si grande qu'elle devait, d'après lui, l'emporter, en cas de conflit, sur la solution divergente des hadits, même regardés comme sincères (4). — C'est ainsi, également, que les réformes réalisées par le Prophète, en matière successorale, furent très vivement combattues par ceux de ses compagnons qui étaient originaires de Médine (5). — Or, si l'on ne peut affirmer, avec

(1) Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *op. cit.*, p. 3.

(2) *Eod. loc.*, p. 4, 6, 8 et 9.

(3) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. III, p. 6.

(4) Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 347.

(5) Marçais, *Des parents ou alliés successibles en droit musulman*, p. 35 et suiv.

une certitude absolue, que c'est à Médine que l'institution du hobous a pris naissance, il faut reconnaître que c'est là, tout au moins, qu'aux premiers siècles de l'Hégire, les constitutions de hobous ont été le plus fréquentes. Ce serait même, en considération du grand nombre et de l'importance de celles-ci, que certains jurisconsultes, disciples d'Abou Hanifah, désireux de ne point amener de perturbations dans la situation économique des établissements pieux, bénéficiaires de ces fondations, se séparèrent de la doctrine de leur maître et se résignèrent à reconnaître un caractère de légalité à des pratiques que, jusqu'alors, ils avaient condamnées. « On raconte, en effet, que c'est après un pèlerinage, fait par Abou Yousouf à Médine, en compagnie de Haroun-ar-Raschid, que ce docteur, frappé de l'immense accroissement des biens wakoufs, abandonna l'opinion de son maître relativement à la révocabilité des donations pieuses (1), et conçut l'idée de les placer sous un régime protecteur » (2).

Si l'on observe, enfin, que, pendant de longues années, le caractère licite de la constitution du hobous a été discuté, — que, si la doctrine a fini par admettre la légalité de cette institution, les jurisconsultes musulmans, à quelque rite qu'ils aient appartenu, ne l'on fait qu'à regret, en quelque sorte, et à leur corps défendant, et qu'ils n'ont consenti à sanctionner la volonté des constituants (dans une mesure qui varie, du reste, avec les Écoles) que dans le but de ne point priver, d'une partie importante de leurs revenus, certaines fondations pieuses et certains établissements d'utilité générale, et entraver leur fonctionnement, — on est amené fatalement à cette conclusion que cette institution du hobous possède ce que M. Mercier appelle une « faible légalité intrinsèque » (3), qu'elle a été simplement tolérée, et qu'elle ne l'a été qu'à raison des considérations religieuses ou humanitaires qui commandaient de n'en point

(1) Abou Hanifah ne validait, on l'a vu plus haut, ces fondations pieuses, qu'à titre de libéralités testamentaires.

(2) De Nauphal, *op. cit.*, p. 133.

(3) Mercier, *op. cit.*, p. 14.

empêcher le fonctionnement ou le développement, — parce qu'on a pris le parti de ne voir en elle qu'une institution d'intérêt général, propre à servir les intérêts de la Communauté musulmane ou de la religion.

Si bien que l'on est en droit d'affirmer, qu'en fait, le hobous n'a été, dès son origine, qu'un expédient imaginé pour écarter certaines des prescriptions de la loi islamique.

9. — Mais, alors, où les premiers Musulmans ont-ils puisé l'idée de cet expédient ?

Lorsqu'on étudie les règles du droit byzantin concernant les fondations pieuses, on est frappé des analogies qu'elles présentent avec la législation des hobous.

a). — Au Bas-Empire, en effet, la personnalité juridique est reconnue aux églises, aux couvents, aux établissements de bienfaisance organisés au profit des pauvres, vieillards, malades, enfants abandonnés (1). Il semble bien aussi qu'elle le soit « aux masses de biens directement affectés à un office déterminé, sans établissement grevé quelconque, qui sont les fondations, au sens le plus étroit du mot » (2), après autorisation de l'État, suivant les uns, — même sans cette autorisation, suivant les autres (3). — On peut, dès lors, consentir des libéralités aux églises, couvents, monastères, — de même que l'on peut créer une personne juridique, en affectant un bien à la réalisation d'un but déterminé.

b). — Aucune limitation n'est apportée à la faculté de disposer de ses biens, dans un but pieux. On peut disposer de l'intégralité de sa fortune, au profit d'une église ou d'un monastère (4).

c). — Le donateur peut confier à qui bon lui semble l'admi-

---

(1) Girard, *op. cit.*, p. 226.

(2) *Eod. loc.*

(3) Capitant, *op. cit.*, 2e édit., p. 154, notes 1 et 2.

(4) C. 4; C. Th., XVI, 2; — C. 1; C. J., I, 2; — C. 13, *eod tit.*; — C. 28, 46, 49; C. J., I, 3; — Nov. 131, ch. 12.

nistration de la fondation créée par lui (1). — Il possède, en outre, la faculté de différer, comme il lui plaît, l'entrée en possession du bénéficiaire, et de stipuler que celle-ci n'aura lieu qu'au décès de ses héritiers (2) ; il est donc libre de réserver à ses héritiers, aussi bien qu'à lui-même, la jouissance des biens compris dans la fondation.

d). — Les biens donnés aux institutions pieuses ne doivent pas être aliénés (3) ; — ils ne peuvent être donnés à bail pour plus de vingt ans (4).

e). — Les règles ordinaires de la prescription ne sont pas applicables à l'action qui compète aux institutions pieuses, en exécution des libéralités qui leur sont faites, ou en restitution des biens qui leur appartiennent. La prescription ne peut être invoquée, à l'encontre de ces institutions, qu'au bout de quarante ans (5).

De même : *a).* — La loi musulmane accorde la personnalité juridique à tous les établissements pieux ou d'utilité générale, et autorise la création de fondations, au sens le plus étroit du mot. C'est pourquoi il est permis de hobouser des biens au profit d'une mosquée, d'une *zaouïa*, des pauvres, de même que l'on peut, par voie de constitution de hobous, affecter des biens à la construction et à l'entretien d'une mosquée, d'une *zaouïa*, d'une fontaine, d'un pont, à la création d'un cimetière et à l'ensevelissement des morts (6) ; — et cela, sans qu'il soit besoin de l'intervention des pouvoirs publics, soit pour autoriser le bénéficiaire à accepter, soit même pour approuver la création de la fondation, car « la personnalité morale et l'aptitude à être propriétaire naissant d'elles-mêmes » (7), par la seule volonté

---

(1) C. 15; C. J., I, 2; — C. 46, p. 3; C. J., I, 3.

(2) C. 46, p. 8; C. J., I, 3.

(3) C. 14; C. 17; C. 24; C. J., I, 2; — Esmein, *Mélanges*, p. 401 et 402; — Bréhier, *Le schisme oriental du XIe siècle*, p. 170.

(4) C. 24, p. 3; C. J., I, 2.

(5) Nov. 111 ; Nov. 131, ch. 6.

(6) Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *op. cit.*, p. 10.

(7) Meyer, *Les associations musulmanes*, Ann. de l'Éc. l. des Sc. pol., 1886, p. 300.

du fondateur, l'œuvre créée se trouve, du même coup, exister et posséder.

b). — L'on peut disposer, par voie de hobous, de l'intégralité des biens dont on est propriétaire. Ce n'est que dans le cas particulier où le hobous aurait été constitué au cours de la dernière maladie du fondateur, que les héritiers de celui-ci auraient le droit d'exiger que la constitution fût annulée pour tout ce dont sa valeur dépasserait le tiers du patrimoine du constituant (1).

c). — Chez les Hanéfites et les Hanbalites, tout au moins, le constituant peut se conférer l'administration du bien hobousé, de même qu'il lui est possible de s'en réserver, à lui ainsi qu'à ses héritiers, la jouissance (2).

d). — Il est admis, dans tous les rites, sans distinction, que les biens grevés de hobous sont inaliénables (3). — D'autre part, si les jurisconsultes des divers rites ne s'entendent pas sur la durée des baux que l'administrateur d'un hobous peut consentir, ils s'accordent tous pour décider que ces baux ne peuvent être que de courte durée (4).

e). — L'action en délaissement qui compète aux bénéficiaires d'un bien hobousé et qui, normalement, devrait être éteinte par la prescription, au bout de dix ou de quinze ans, suivant les rites, — ne se prescrit que par trente-trois ans (5).

Dès lors, si l'on réfléchit que, chez les Chrétiens d'Orient, les fondations pieuses, si elles ne faisaient pas bénéficier d'une complète immunité fiscale les fondateurs qui s'étaient réservé

---

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 34; — Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *op. cit.*, p. 7.

(2) Ebn Abdine, *trad. Adda et Ghaliounghi*, p. 42, n° 95; — Châràni, *Balance de la loi musulmane*, trad. Perron, p. 302.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1267; — Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *op. cit.*, p. 6.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1278; — Ebn Abdine, *op. cit.*, n° 267; — V., en outre, Clavel, *op. cit.*, t. II, n°s 292 et suiv.

(5) Ebn Abdine, *op. cit.*, n° 71. — L'art. 1661 de la *Medjellat* a adopté le délai de trente-six ans.

la jouissance des biens donnés (1), n'avaient, le plus souvent, d'autre but que d'assurer à ces fondateurs la protection de l'Église contre les abus de pouvoir et les exactions fiscales (2), — de même que chez les premiers Musulmans, les hobous, s'ils ne dispensaient pas le constituant et les bénéficiaires intermédiaires du paiement de la dîme (3), procédèrent, tout d'abord, du désir d'arriver à éluder, sous le couvert d'une intention charitable ou d'un hommage à la religion du Prophète, certaines prescriptions de la loi islamique, puis, plus tard, on le verra tout à l'heure (4), eurent fréquemment pour but d'éviter aux constituants les confiscations arbitraires pratiquées par les souverains, — qu'en conséquence, pour les uns comme pour les autres, la pratique des fondations pieuses n'a été qu'un prétexte et un expédient, — on est amené, tout naturellement, à cette conclusion, — étant données les analogies qui viennent d'être relevées, — que cet expédient, c'est à la législation du Bas-Empire que les Musulmans en ont fait l'emprunt.

Cette conclusion est d'autant plus acceptable, que les relations entre Musulmans et Chrétiens du VIIe siècle étaient fréquentes. « Le christianisme comptait en Arabie de nombreux adhérents : il dominait le nord par les rois de Hira et de Gassân; le centre, par Yathrib, la future Médine; le sud, par l'évêché de Nedjraâ et les autres communautés du Yémen » (5). — Il y avait

(1) Constantin dispensa le fermier *perpetuarius* des biens d'église de payer l'impôt foncier ; mais Constance II lui retira ce privilège (C. 1; C. Th., XI, 1; — C. 15; C. Th., XVI, 2) ; — Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, p. 117.

(2) De même, aussi, chez les Chrétiens d'Occident, la pratique de la *recommandation* ou de la *precaria oblata* s'inspirait souvent du désir d'assurer sa sécurité, plutôt que d'une véritable piété (Fabre, *Étude sur Liber Censuum*, p. 29 et suiv. ; — Wiart, *Essai sur la Precaria*, p. 234 et suiv.).

(3) Belin, *op. cit.*, J. As., avril-mai 1862, p. 272, n° 383. — Garsonnet affirme, cependant, mais sans justifier son assertion, que les hobous étaient exempts d'impôts (*op. cit.*, p. 613). — Il semble bien, toutefois, que cette exemption a été admise, partiellement, tout au moins, dans les pays ottomans. — Cf. Arminjon, *Les universités musulmanes d'Égypte*, Rev. de Paris, 15 septembre 1905, p. 318 ; — Slousch, *Les Senoussiya en Tripolitaine*, Rev. du monde musulman, décembre 1906, p. 173.

(4) V. *infrà*, p. 28.

(5) Derenbourg. *La science des religions et l'islamisme*, Rev. de l'hist. des Rel., t. XIV, p. 310.

des Chrétiens jusque dans la famille de Khadidja, la première femme du Prophète (1). — Celui-ci prescrivit, d'autre part, d'user, à l'égard des Chrétiens, d'une grande tolérance ; s'il ne leur fut pas permis de bâtir des églises, des chapelles ou des couvents nouveaux, ils purent conserver ceux qu'ils possédaient déjà, et ne furent pas sérieusement inquiétés dans la pratique de leur religion (2). Or, « la Syrie était couverte d'églises et de couvents » (3), que les Musulmans ne craignaient point de visiter. Il en était de même de l'Arabie ; les couvents y étaient nombreux. Ce sont, d'ailleurs, les moines qui y ont introduit le christianisme, « et, depuis l'Islam surtout, grâce au respect qu'imposait aux nomades leur genre de vie, ils en demeurèrent les plus fermes et les uniques soutiens » (4). — Il est à remarquer, en outre, que le premier médecin du Khalife Oméïade Abd el-Malik « était chrétien ; chrétien, également, son ministre des finances, le père de saint Jean Damascène, l'illustre Sergius, ou, comme on l'appelait familièrement, *Sargoûn*, le petit Sergius, en accolant à son nom le diminutif syriaque *oûn*. Un autre Chrétien, Athanase, riche notable d'Édesse, présidait à l'éducation d'Abd el-Aziz, frère du Calife » (5). — Il y eut, enfin, à différentes reprises, en présence des Khalifes, des conférences où évêques et membres du clergé musulman dissertaient sur les mérites de leurs religions respectives (6). — Toujours est-il qu'il exista, entre Arabes et Chrétiens, à la cour des Oméïades de Damas, principalement, des rapports fréquents qui, sans aucun doute, mirent les Musulmans en relation avec les théories du droit romain de l'époque de Justinien, qui avait survécu, chez les Chrétiens, à la conquête musulmane (7).

---

(1) El-Bokhâri, *Les traditions islamiques*, trad. Houdas et Marçais, t. I, p. 3.

(2) Dozy, *Essai sur l'histoire de l'islamisme*, trad. Chauvin, p. 183 et suiv.

(3) Huart, *Littérature arabe*, p. 28.

(4) P. Lammens, *Un poète royal à la cour des Omïades de Damas*, Rev. de l'Or. chr., 1903, p. 332. — Cf. *eod. loc.*, P. Lammens, 1904, p. 38, note 9 ; — Dussaud, 1904, p. 40.

(5) P. Lammens, *loc. cit.*, 1903, p. 326.

(6) Blochet, *Le livre intitulé : Oulama el-Islam*, Rev. de l'hist. des Rel., t. XIV, p. 32 et suiv.

(7) Huart, *op. cit.*, p. 233.

Dans de telles circonstances, il est peu vraisemblable que les premiers Musulmans aient pu ignorer la pratique des fondations pieuses, chez les Chrétiens, et le but réel auquel tendait, la plupart du temps, cette pratique ; ils ont vu quelles facilités elle offrait pour tourner certaines prescriptions légales, et, tout naturellement, ils ont eu l'idée d'y recourir pour se soustraire, eux aussi, à l'observation de certaines innovations coraniques qui se heurtaient à des traditions qui leur étaient chères. Ils ont, ainsi, emprunté au droit romain du Bas-Empire sa réglementation des fondations pieuses, — de même que, bien plus tard, l'on verra des Chrétiens d'Orient, en Égypte, notamment, emprunter la forme du waqf, pour consentir des libéralités à leurs églises (1). — Et, de même que l'on retrouve des traces d'influences chrétiennes dans la littérature religieuse de l'Islam (2), de même, aussi, l'on en rencontre dans sa législation.

10. — Au reste, quelle que soit l'hypothèse historique à laquelle on se rallie, il est un point qui ne saurait être contesté : les docteurs de l'Islam ont vu, tout d'abord, avec beaucoup de défaveur, les constitutions de hobous ; ils les jugeaient en opposition avec la législation islamique ; et si, plus tard, ils se sont relâchés progressivement, — ceux de l'École hanéfite, principalement, — de leur sévérité primitive, ils n'ont consenti à sanctionner la volonté des fondateurs qu'à raison des avantages et des profits que les institutions pieuses ou d'utilité générale pouvaient retirer de leurs dispositions.

Les jurisconsultes du IIe siècle de l'Hégire n'ont donc vu ou voulu voir, dans la constitution de hobous, que son caractère de libéralité pieuse ou charitable. Ils n'y ont vu ou voulu voir qu'un acte de fondation. C'est là, d'ailleurs, un point sur lequel on s'accorde généralement.

Mais, il ne faudrait pas conclure de là que la discussion qui précède n'a qu'une importance historique et se trouve, partant,

---

(1) Belin, *op. cit.*, Journ. asiat., 1861, p. 514, n° 170.

(2) Goldziher, *Influences chrétiennes dans la littérature religieuse de l'Islam*, Rev. de l'hist. des Rel., t. XII, p. 380 et suiv.

dépourvue de toute espèce d'intérêt pratique. C'est qu'en effet, il est des auteurs qui ont raisonné de la façon suivante : si le hobous apparaît, à l'origine, comme un acte de fondation, c'est que les premiers hobous ont bien été des libéralités pieuses, inspirées uniquement par le désir, chez les constituants, d'être agréables à Dieu, de se rapprocher de lui (1). Mais, s'il en fut ainsi à l'origine, il n'en a plus été de même par la suite. Les constituants continuèrent, il est vrai, par la désignation, à titre de bénéficiaire définitif, d'une institution pieuse ou d'utilité générale, à affirmer leur intention pieuse ou charitable; mais les libéralités ainsi consenties n'eurent plus que l'apparence de fondations pieuses, car les fondateurs se réservaient, leur vie durant, la jouissance des biens hobousés, en même temps qu'ils désignaient un certain nombre de dévolutaires intermédiaires appelés à jouir, eux aussi, de ces biens, avant qu'ils ne parvinssent au bénéficiaire définitif. Tantôt, ils se proposaient de régler arbitrairement la dévolution de leurs biens et d'écarter de leur succession certains héritiers, tels que les femmes, qui y étaient appelés par la loi coranique (2). — Tantôt, ils s'efforçaient, par l'inaliénabilité qui frappait les biens hobousés, de mettre leur postérité dans l'impossibilité de dissiper l'héritage à elle dévolu (3). — Tantôt, enfin, ils cherchaient, en plaçant leurs biens sous la protection d'une institution pieuse, à prémunir, eux et leur descendance, contre l'éventualité d'une confiscation (4). — Toujours est-il que, dans tous les cas, l'on ne poursuivit bientôt plus, par les constitutions de hobous, que

(1) Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *op. cit.*, p. 35.

(2) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 375, n° 889 ; — Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 27, n° 17 ; — Mercier, *Deuxième étude sur le hobous ou ouakof*, Rev. Alg., 1897, 1, 121 ; — Terras, *op. cit.*, p. 15. Quelquefois, aussi, chez les Malékites, c'était pour attribuer à des *fardh* la partie disponible de la succession, qui aurait dû aller au *Beit-el-Mal* ou à un parent *aceb* d'un degré plus éloigné. — Cf. Alger, *Ch. de rev. mus.*, 14 janvier 1909; *Rev. Alg.*, 1909, 2, 390.

(3) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. II, p. 530.

(4) Mouradja d'Ohsson, *loc. cit.* ; — Zeys, *loc. cit.*, t. II, p. 182, n° 628 ; — Simaïka, *Compétence des tribunaux mixtes d'Égypte*, p. 96 ; — Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 28, n° 17 ; — Terras, *op. cit.*, p. 16 et suiv. ; — Arminjon, *Les universités musulmanes d'Égypte, loc. cit.*, p. 303 ; — Salmon, *El-Qçar el-Kebir*, Archives marocaines, t. II, fasc. 2, p. 3.

l'un des buts suivants : assurer la transmission de sa succession à ses héritiers ou régler, d'une certaine façon, cette transmission. Et ainsi s'introduisit, à côté du hobous primitif, du « waqf schery, véritable donation *sui generis*, actuelle et irrévocable, dans laquelle le constituant, mû uniquement par un sentiment pieux, se dépouille de la pleine propriété de la chose, au profit d'une œuvre religieuse ou charitable, *in perpetuum* » (1), — un nouveau hobous, le « waqf adi ou coutumier » (2), dont le but principal « est d'échapper aux règles de la loi successorale, fixées par le Coran, d'écarter les conjoints et les femmes de l'hérédité, et d'avantager des personnes en écartant les autres de la succession » (3).

Les docteurs de l'Islam, il est vrai, ont combattu ce waqf adi, ou, tout au moins, se sont efforcés d'en enrayer le développement, et, cela, sans distinction de rites. Il n'en est pas moins certain qu'un disciple d'Abou Hanifa, Abou Youssof Yacoub, « frappé de l'immense accroissement des biens wakoufs » (4), et mû par le désir de ne pas provoquer « de grandes perturbations dans la situation économique des établissements de bienfaisance qui existaient déjà » (5), fut d'avis de sanctionner la volonté des constituants. Et, il arriva que « l'avis d'un seul docteur triompha, en dépit des protestations de tous les autres, avec la complicité ou la faiblesse des cadis, et finit par être toléré dans la jurisprudence » (6). Les solutions admises par Abou Youssof furent considérées comme la véritable expression de la doctrine hanéfite en la matière, et comme « à aucune époque de l'islamisme, les grands ulémas ou hauts légistes n'ont inculpé le changement de rite, au point de vue de l'application » (7), ceux qui constituent hobous ont toujours soin de stipuler que leurs dispositions seront régies par les prescriptions

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 39, n° 18.
(2) Clavel, *loc. cit.*, p. 27, n° 17.
(3) Mercier, *loc. cit.*
(4 et 5) De Nauphal, *op. cit.*, p. 133.
(6) Mercier, *loc. cit.*, p. 120.
(7) Châràni, *op. cit.*, p. 61.

du rite hanéfite. C'est ainsi qu'en Algérie, où les Hanéfites ne se rencontrent plus qu'en très petit nombre, il n'est, à proprement parler, que des hobous hanéfites (1).

Si bien qu'à l'heure actuelle, en somme, le « waqf adi ou coutumier » est le seul pratiqué. L'on est, dès lors, autorisé à dire que le hobous a toujours, en réalité, pour but le règlement de la dévolution héréditaire du constituant. — Dans de telles circonstances, le hobous ne saurait être classé que dans le statut successoral (2).

C'est là, d'ailleurs, une manière de voir dont l'on trouve la confirmation, tant dans les écrits des jurisconsultes musulmans que dans certains règlements élaborés en pays islamique, ou certaines décisions émanant de juridictions musulmanes.

Il est, en effet, certains jurisconsultes musulmans pour qui les constitutions de hobous ne sont autre chose que des libéralités testamentaires. D'après Chouraïh, notamment, « il ne peut pas y avoir de hobous en contravention à la loi successorale établie par Dieu » ; ce qui veut dire, déclare Ibn Younès, « que la chose hobousée doit entrer dans l'actif de la succession » (3). D'où il résulte que, dans la pensée de Chouraïh comme dans celle d'Ibn Younès, le hobous ne peut valoir qu'autant qu'il est constitué en conformité de la loi successorale, en conformité, notamment, des prescriptions de cette loi qui régissent les libéralités testamentaires, — partant, qu'il obéit aux règles qui gouvernent la matière des testaments. — Ebn Abdine est plus formel encore, car, à deux reprises, il affirme que « le waqf reçoit ses principes de ceux du testament » (4).

D'autre part, l'article 34 du code égyptien mixte porte que : « il est permis de *donner par testament* la nue propriété à un établissement dépendant du ministère des waqfs, et l'usufruit à

---

(1) Alger, 9 avril 1884, *Bul. jud. Alg.*, 1884, p. 131 ; — 16 décembre 1890, *Rec. Alg.*, 1892, 2, 54 ; — 3 juin 1897, *Rec. Alg.*, 1898, 2, 1 ; — 22 octobre 1901, *Rec. Alg.*, 1901, 2, 438.

(2) Cass. civ., rej., 20 novembre 1900, *Rec. Alg.*, 1901, 2, 1 ; — 12 juin 1903, *Rec. Alg.*, 1905, 2, 33.

(3) Zeys, *op. cit.*, t. II, p. 181, note 2.

(4) *Loc. cit.*, p. 225, n° 430, et p. 290, n° 602.

une ou plusieurs personnes et à leurs héritiers en ligne directe ; auquel cas, la toute propriété revient à cet établissement seulement après le décès de tous les membres de la famille usufruitière ». Or, c'est là un texte qui, semble-t-il, permet d'affirmer que, dans l'esprit de son auteur, le waqf n'est qu'un aspect particulier de la succession testamentaire. — D'ailleurs, l'article 77 du même code dispose que « les successions sont réglées d'après les lois de la nation à laquelle appartient le défunt. Toutefois, le droit de succession à l'usufruit des biens waqfs est réglé d'après la loi locale » ; ce qui implique que, réserve faite de certains points qui ont pu faire l'objet d'une réglementation particulière, la transmission de l'usufruit des biens waqfs obéit, en principe, aux règles du droit successoral, est soumise aux lois qui gouvernent la dévolution des successions.

Enfin, la Cour mixte d'Alexandrie a jugé, le 1er juin 1892, que « la fixation de la quotité du droit de chacun des bénéficiaires implique l'interprétation des clauses de l'acte constitutif du waqf, et *soulève une question de droit successoral* dépendant exclusivement du statut personnel » (1).

11. — Or, il résulte des renseignements historiques que nous avons produits, relativement à l'origine du hobous, qu'à l'époque où s'est élaborée la théorie juridique du hobous, les fondations pieuses paraissent n'avoir eu d'autre but, dans la pensée des fondateurs, que d'écarter l'application des règles du droit islamique en matière successorale. On ne saurait, dès lors, exciper d'un prétendu changement dans la volonté des constituants, pour conclure à une modification dans la nature juridique des actes consentis par eux.

Et si, d'ailleurs, c'est d'après cette volonté réelle des consti-

---

(1) *Bul. de lég. et jur. égypt.*, IV, 252. — Nous nous abstenons, à dessein, de mentionner les décisions intervenues dans des pays musulmans soumis, tels que l'Algérie, à une puissance européenne, alors même qu'elles émanent de juges statuant au musulman ; en ces pays, en effet, le hobous a, presque toujours, fait l'objet d'une réglementation spéciale que ne peuvent méconnaître même les juges indigènes, et qui en a plus ou moins altéré le caractère.

tuants que se doit déterminer le caractère juridique de l'acte intervenu, — c'est, dès l'origine, qu'il aurait fallu voir, dans le hobous, une institution rentrant dans le statut successoral, puisque, dès l'origine, les fondations pieuses ont été destinées à modifier l'ordre légal des successions. — Et telle était bien la manière de voir d'Abou Hanifah, qui « n'admettait le waqf que dans le sens de testament » (1).

Mais l'on eût, alors, été amené à ne valider le hobous que dans les cas et sous les conditions où un testament aurait pu être tenu pour valable ; si bien qu'il n'eût, alors, été possible de déroger à la loi successorale par voie de constitution du hobous, que dans la mesure où, par testament, il était possible de le faire, — que l'on n'aurait pu, notamment, disposer, de cette façon, que jusqu'à concurrence du tiers de ses biens, ainsi que l'enseignait Abou Hanifah (2).

Or, c'est là, justement, ce que voulaient éviter les constituants. C'est afin que l'acte consenti par eux ne pût être traité comme une disposition testamentaire, qu'ils dissimulaient leur intention réelle sous le couvert d'une fondation pieuse. Et c'est en ignorant cette volonté réelle, pour s'en tenir à l'intention manifestée et apparente, que les jurisconsultes musulmans, qui ont édifié la théorie juridique du hobous, ont pu sanctionner cette volonté réelle.

Ils ne l'ont fait, tout d'abord, que dans des hypothèses où la contradiction entre l'apparence et la réalité n'était pas par trop manifeste, lorsque, par exemple, il y avait dessaisissement immédiat du constituant. Et si, par la suite, l'on en est arrivé, avec Abou Youssof, à valider le hobous dans des cas où cette contradiction ne peut être dissimulée, — c'est en niant l'évidence, la réalité, que l'on a pu le faire, — en ne voulant voir, dans l'acte intervenu, qu'une fondation pieuse. Et, ce qui montre bien qu'il en est ainsi, c'est que la désignation, comme bénéficiaire définitif, d'une institution pieuse ou d'un établissement

(1) Bourhan Ed-Dine Ibrahim el-Taraboulsi, *op. cit.*, p. 3.

(2) *Eod. loc.*, p. 9.

d'utilité générale, a toujours été requise comme une condition essentielle de la validité du hobous, et cela, même par des jurisconsultes des XVIe et XVIIe siècles de notre ère (1), qui, cependant, ne pouvaient plus, étant donnée l'époque à laquelle ils vivaient, se faire la moindre illusion sur le but réel poursuivi par les constituants. « Le caractère et le but du hobous, dit M. Mercier, sont tellement liés à la religion que, si le fondateur abandonne l'islamisme, son hobous devient caduc de ce fait, et ce qui le compose reprend les caractères de propriété particulière ; si, plus tard, il rentre dans la religion musulmane, le hobous n'en est pas moins détruit » (2). Ce caractère de fondation pieuse est donc bien l'un des caractères essentiels de cette institution ; c'est lui qui explique toutes les particularités de cette dernière ; c'est en le mettant au premier plan, en présentant le hobous comme un acte destiné, avant tout, à servir les intérêts de la religion ou de la Communauté musulmane, que l'on a pu autoriser les constituants à se soustraire à l'observation d'un certain nombre de prescriptions de la législation islamique.

On objecte, il est vrai, qu'il importe de distinguer deux sortes de hobous ou de waqfs, le waqf schery et le waqf adi, — le hobous pieux et le hobous coutumier, — le premier dicté réellement par une intention pieuse, le second destiné à la réalisation d'un but qui n'a rien de pieux, tel qu'une modification aux prescriptions du droit successoral (3), — le premier, le hobous primitif, le second, un hobous plus moderne, et le seul pratiqué, en fait, à l'heure actuelle, — lesquels n'auraient point été l'objet d'une réglementation identique. — Et, il n'est pas douteux que, si cela était exact, on pourrait soutenir, avec quelque apparence de raison, que si, à l'origine, le hobous se trouvait exclu du statut successoral, il n'en peut plus être de même aujourd'hui.

Mais, s'il est des auteurs ou des commentateurs sous la plume

---

(1) Mercier, *op. cit.; Rev. Alg.*, 1895, 1, 179.

(2) Mercier, *op. cit.; Rev. Alg.*, 1895, 1, 179.

(3) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 20, note 1, et p. 28, n° 17.

desquels se rencontre cette distinction, celle-ci n'a, dans leur esprit, qu'un intérêt purement théorique, et n'implique nullement, de leur part, croyance à l'existence d'une double institution, dont chacune se trouverait régie par des règles qui lui seraient propres. Ce qu'ont voulu ces auteurs et ces commentateurs, c'est donner une classification des hypothèses dans lesquelles le hobous peut intervenir, — mais non des institutions désignées sous ce vocable de hobous. Ainsi que le dit M. Mercier, « cela peut constituer, en fait, une catégorie spéciale de hobous, non en droit ; les principes restent les mêmes » (1) ; et, comme l'observe très justement M. Terras, « cette division ne touche pas au fond des choses » (2).

Si bien que, quelles que soient les circonstances dans lesquelles, en fait, il est constitué, le hobous est toujours, en droit, et ne peut être, en droit, qu'un acte de disposition dans un but pieux, une fondation pieuse. Partant, il semble impossible d'en faire, légalement, une dépendance du statut successoral.

Et, cependant, ainsi qu'il a été dit plus haut, certains jurisconsultes musulmans sont d'un avis contraire, car ils déclarent applicables, en principe, au hobous, les règles reçues en matière de testament. Tel est, notamment, le cas, on l'a vu précédemment, du jurisconsulte Ebn Abdine. — Mais, l'assertion d'Ebn Abdine doit-elle être considérée comme la manifestation d'une opinion isolée ? — Ou peut-elle être regardée comme l'expression de la doctrine musulmane la plus communément adoptée ? — En réalité, Ebn Abdine n'a fait que s'approprier et reproduire une opinion propre à Abou Hanifah, malgré que, depuis longtemps déjà, les disciples eux-mêmes du grand imam l'eussent répudiée. D'ailleurs, comme le fait observer Clavel, « l'ouvrage entier du même jurisconsulte proteste contre une assertion aussi antijuridique, et bien peu des principes qu'il admet en matière de wakf ne pourraient se retrouver, dans un testament, sans entraîner l'absolue nullité de ce dernier acte » (3). En sorte que

(1) Mercier, *op. cit.; Rev. Alg.*, 1895, 1, 219 et 220.
(2) Terras, *op. cit.*, p. 19.
(3) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 53, n° 32.

l'auteur semble, dans la circonstance, n'avoir fait que reproduire une règle énoncée par un grand jurisconsulte, impressionné par l'autorité de celui qui l'avait formulée, sans s'apercevoir que cette règle se trouvait être en contradiction avec des solutions communément admises et acceptées par lui.

Mais, alors même qu'il en serait autrement, et quand bien même ce serait après en avoir pesé toutes les conséquences, qu'Ebn Abdine se serait laissé aller à formuler cette assertion que le waqf reçoit ses principes de ceux du testament, — celle-ci ne s'en trouverait pas moins la manifestation d'une opinion isolée (1). Malgré qu'en la matière, en effet, règne une assez grande confusion et que l'on voie, souvent, acceptées par les jurisconsultes musulmans, des décisions quelque peu contradictoires (2), il n'en est pas moins vrai que, d'une manière générale, les règles communément reçues, en matière de hobous, excluent l'idée que le hobous obéit, en principe, aux règles du testament.

C'est ainsi que les textes ne nous disent point que, pour constituer hobous, il faut avoir la capacité de tester ; — mais ils portent que le fondateur doit être اهل التبرع (3), c'est-à-dire capable de consentir une donation spontanée, une aumône ; ils renvoient, par conséquent, aux règles de capacité reçues en matière, non de testament, mais de donation. — Aussi, l'interdit pour cause de minorité ou de prodigalité ne pourrait-il constituer hobous (4), alors qu'il lui est permis de tester dès l'instant où il est en état de discernement (5). — De même, le

(1) Ce n'est pas seulement en cette matière que se peut constater cette survivance d'opinions, presque universellement condamnées. C'est ainsi que « l'opinion qui limitait le monopole de l'infaillibilité à cette première variété de l'*idjmâ*, l'entente des compagnons, a conservé pendant plusieurs siècles quelques représentants parmi les savants musulmans, et il en est resté des traces jusqu'à nos jours, dans la doctrine de quelques rares écoles ultra-hanbalites » (Lambert, *op. cit.*, p. 333 et 334).

(2) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 22, n° 13.

(3) Mohammed El-Bachir Ettouati, *op. cit.*, p. 38 ; — *Minhadj at-Talibin*, texte arabe, avec traduction et annotation, publié par Van den Berg, t. II, p. 182.

(4) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1355.

(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 498.

mari de la femme malékite qui a hobousé plus du tiers de ses biens, peut obtenir, comme au cas de donation, la nullité de la constitution pour défaut d'autorisation maritale, mais il doit la demander avant la dissolution du mariage (1) ; — alors qu'au cas de legs, il n'aurait pu qu'agir en réduction comme héritier, et après l'ouverture de la succession de la testatrice. — Tandis qu'il est possible de tester valablement, lorsqu'on est atteint de la maladie dont on doit mourir (2), on ne peut, dans les mêmes circonstances, consentir de donation (3) ; or, Khalil nous apprend qu'on ne peut hobouser valablement au cours de sa dernière maladie, que la fondation ainsi consentie ne saurait valoir qu'autant qu'elle obéit aux règles des testaments, que, notamment, elle ne porte pas disposition de plus du tiers des biens, — et qu'elle vaut alors, non pas en tant que fondation, mais comme libéralité testamentaire (4). — Enfin, il n'est pas permis d'avantager l'un de ses héritiers par testament ; les qualités d'héritier et de légataire ne se cumulent pas (5) ; — au contraire, on peut disposer librement de ses biens, par voie de donation entre vifs, au profit d'un héritier présomptif (6) ; — et l'on peut aussi, au cas de constitution de hobous, désigner (et la règle, chez les Hanéfites, ne comporte pas d'exception), comme bénéficiaire intermédiaire, l'un quelconque de ses héritiers, à l'exclusion des autres (7).

Ainsi, en réalité, le hobous reçoit ses principes, non du testament, mais de la donation entre vifs.

Mais, comment expliquer, alors, les dispositions contenues dans les art. 34 et 77 du code mixte égyptien, qui donnent la transmission en matière de waqf comme un aspect particulier

---

(1) Tunis, 15 mai 1901 ; *Rec. Alg.*, 1901, 2, 394.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2045.

(3) *Eod. loc.*, art. 1296.

(4) *Eod. loc.*, art. 1242 et 1243.

(5) *Eod. loc.*, art. 2100 et 2101.

(6) Art. 503, C. stat. pers. égypt.

(7) Le fondateur, dit Ibrahim Halebi, « est absolument le maître de disposer, à son gré, de l'usufruit de ses biens » ; — Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, p. 403, n° 938.

de la dévolution successorale ? — Par ce fait que le code mixte est « l'œuvre d'un Européen qui n'avait pas fait de la matière du waqf une étude suffisante » (1), lequel s'est laissé aller à un « choix malheureux d'expressions » (2), et dont les erreurs de principes ne sauraient modifier, à elles seules, la nature d'une institution (3). — D'autre part, le gouvernement égyptien a fait procéder à la rédaction, puis à la publication, en 1875, d'un code du statut personnel et des successions, d'après le rite hanéfite. Or, si, dans ce code, la matière des successions testamentaires a fait l'objet d'une réglementation minutieuse, il en est autrement de la matière du waqf, sur laquelle il garde le silence (4) ; ce qui montre bien que, dans l'esprit des rédacteurs de ce code, le waqf n'est nullement une dépendance du statut successoral.

Enfin, si la Cour d'Alexandrie a déclaré, le 1er juin 1892, que l'interprétation des clauses de l'acte constitutif d'un waqf soulève une question de droit successoral, — cette décision constitue un fait isolé, partant négligeable ; car c'est, à notre connaissance, la seule où une pareille théorie se trouve consacrée. Assez fréquemment, en effet, les juridictions mixtes d'Égypte, comme les tribunaux indigènes, ont proclamé leur incompétence en matière de waqf, et au lieu de justifier celle-ci par l'idée que le waqf rentre dans le statut successoral, les décisions, ainsi intervenues, l'expliquent uniquement par ce fait qu'il s'agit de contestations dont la connaissance a été réservée expressément, par des textes, aux cadis des mehkémés (5).

Ainsi, dans l'opinion communément reçue, le hobous tire ses principes de la donation entre vifs, et non du testament ; c'est un acte de disposition, d'aliénation, consenti au profit d'un établissement pieux ou d'utilité générale, et les juris-

---

(1, 2, 3) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 52, n° 31.

(4) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 53, n° 33.

(5) C. d'appel mixte d'Alexandrie, 18 mars 1891 ; *Bul. de lég. et de jur. égypt.*, III, 236 ; — Cass., 13 mars 1894, *Lanta*, Rép. gén. de jur. ég. mixte et ind., 1897, p. 788 ; — 29 mars 1894, *eod. loc.*, p. 789 ; — Trib. ind. Alexandrie, 18 avril 1895, *eod. loc.*

consultes musulmans n'y voient et ne veulent y voir qu'un acte de fondation (1). Tel est, légalement, le caractère du hobous, — et, légalement, le hobous n'en peut avoir d'autre.

Dans de telles circonstances, on ne peut en faire une dépendance du statut successoral ; — on ne peut que le classer dans le statut réel, soit parce que les règles qui le gouvernent rentrent dans la catégorie de celles qui ont, pour objet direct et principal, l'organisation du régime des biens, — soit parce que tout ce qui concerne les fondations et les biens de mainmorte intéresse, au plus haut degré, l'ordre public, et doit être souverainement régi par la loi territoriale.

---

(1) V. *sup.*, n° 3.

V

LE NANTISSEMENT IMMOBILIER

V

LE NANTISSEMENT IMMOBILIER

EXTRAIT DES PROCÈS-VERBAUX DES SÉANCES DE LA COMMISSION DE CODIFICATION DU DROIT MUSULMAN (1)

. . . . . .

M. Morand, Directeur de l'École de droit d'Alger, donne lecture du rapport suivant, relatif à la *rahnia :*

MONSIEUR LE PRÉSIDENT,
MESSIEURS,

Il est apparu, dans ces dernières années, que l'usure, dont la population indigène a tant à souffrir, était singulièrement facilitée par les conditions dans lesquelles se pratiquent, en Algérie, les contrats de *rahnia* et de *tsenia.* Le Gouvernement général s'est ému ; il a prescrit une enquête, recueilli des avis ; et tous ces avis s'accordent pour constater la réalité des abus dénoncés, pour en faire porter la responsabilité aux dispositions de la loi musulmane en matière de nantissement, et pour réclamer des modifications à cette loi.

Les principaux griefs articulés peuvent être ainsi résumés :

S'agit-il de *rahnia,* la valeur du bien donné en gage dépasse généralement de beaucoup le montant de la créance garantie, et la publicité qui

(1) *Projet de codification du droit musulman,* fasc. III. Procès-verbaux des séances de la Commission, 4e séance.

accompagne, dans la procédure musulmane, les ventes sur saisie, étant tout à fait insuffisante, il arrive, presque toujours, que le gage, vendu à la requête du créancier non payé à l'échéance, est adjugé pour une somme dérisoire, et l'est au créancier poursuivant ou à un prête-nom. D'autre part, le créancier stipule presque toujours qu'il pourra jouir du gage et en percevoir les fruits ; et c'est là une stipulation d'un usage si fréquent, qu'en fait, en Algérie, on la sous-entend dans tout contrat de *rahnia*. Le créancier perçoit alors les fruits de son gage, mais ne les impute, ni sur les intérêts que la loi musulmane ne lui permet pas d'exiger, ni sur le principal de sa créance, alors qu'il est constaté, fréquemment, que ce principal se trouve être inférieur à la valeur des fruits perçus annuellement. Et la plupart des fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire consultés demandent, en conséquence, qu'il soit permis au débiteur de réclamer la restitution d'une partie du gage, quand la valeur de ce dernier dépasse le montant de la créance garantie ; que la réalisation du gage soit subordonnée à l'accomplissement de sérieuses formalités de publicité ; que le créancier, enfin, soit tenu d'imputer, sur les intérêts d'abord, puis sur le principal de sa créance, la valeur des fruits qu'il a stipulé ou qu'il est censé avoir stipulé la faculté de percevoir, et, qu'en fait, il a perçus.

S'agit-il de *tsenia*, l'on fait observer que ce contrat n'est, au fond, qu'un expédient destiné à permettre d'éluder la prohibition du prêt à intérêt ; que ce n'est nullement une vente à réméré, mais bien un contrat de nantissement ; que le débiteur compte qu'il lui sera toujours possible de recouvrer son bien en remboursant la somme reçue par lui, et que, souvent, il arrive qu'au moment où il se dispose à opérer ce remboursement, il voit repousser ses offres sous prétexte qu'ayant vendu à réméré, il a laissé expirer les délais dans lesquels le rachat pouvait être pratiqué. Aussi voudrait-on que ce prétendu vendeur, qui n'est, en réalité, qu'un emprunteur, pût stipuler le droit d'exercer le réméré pour un laps de temps indéterminé ; qu'au cas de stipulation d'un délai pour l'exercice de ce droit, il ne fût pas, par le seul effet de l'échéance du terme, dépouillé de la faculté de l'exercer, ou même que, d'une manière générale, on appliquât à la *tsenia* les règles reçues en matière de *rahnia*.

Or, il est incontestable que le droit musulman n'autorise pas le débiteur à demander la réduction du gage, pas plus qu'il ne limite le droit de rétention du créancier à la faculté de retenir par devers lui une fraction de ce gage correspondant, en valeur, au montant de sa créance ; en sorte que, pour donner satisfaction, sur ce point, aux réclamations formulées, des modifications devraient être apportées aux règles édictées, en la matière, par la loi musulmane ; or, nous n'avons point qualité pour y procéder. D'ailleurs, serait-il désirable que, sur ce point, la loi musulmane fût amendée ? Il est permis d'en douter. Le gage, en effet, peut se dété-

riorer, se déprécier entre les mains du créancier ; il y a là un risque contre lequel il est équitable que ce dernier puisse se prémunir, en exigeant que le bien, à lui remis en nantissement, soit de valeur supérieure au montant de la créance garantie.

Quant aux autres réformes sollicitées, il n'est nullement besoin, pour les réaliser, ainsi que l'a fait observer, lors de notre dernière réunion, M. le Conseiller Luciani, d'apporter des modifications à la législation existante. Toutes les mesures, en effet, dont on préconise l'adoption, peuvent être prises dès maintenant, et l'être très régulièrement. Il suffit, pour cela, que le juge statuant en matière musulmane applique strictement, tantôt les vrais principes de la loi musulmane, tantôt les règles qu'édicte la loi française, en prenant soin de réserver à chacune de ces lois le champ d'application qui lui a été attribué par les lois et décrets actuellement en vigueur, et, notamment, par le décret du 17 avril 1889, en maintenant, par exemple, sous le statut musulman, les immeubles appartenant à des indigènes dont la propriété n'a pas été constatée par un titre français administratif, notarié ou judiciaire, ni conformément aux dispositions des lois du 26 juillet 1873 ou du 16 février 1897, mais en appliquant aux indigènes musulmans, en matière personnelle et mobilière, les règles du droit français.

Telle est la conclusion de l'étude à laquelle je me suis livré, en exécution du mandat que vous m'avez fait l'honneur de me confier, touchant les principes fondamentaux de la loi musulmane en matière de nantissement, et dont les résultats sont consignés dans la note ci-après :

NOTE

CONCERNANT LES RÈGLES FONDAMENTALES DE LA LOI MUSULMANE EN MATIÈRE DE NANTISSEMENT

Le nantissement, ou *rahn*, est l'affectation d'un bien à la sûreté d'une dette, soit par la remise au créancier de la possession de ce bien, soit par le transfert de sa propriété. « Le nantissement, dit, en effet, le cheikh-el-islam de Tunis, Ahmed ben el-Khodja, se produit de deux manières : le nantissement proprement dit, dans lequel le créancier nanti se borne à retenir par devers lui l'objet engagé, et un nantissement que nous appelons *vente rachetable* ou vente admise » (Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi, *trad. Goguyer*, p. 54).

En Algérie, le nantissement par remise de possession se nomme *rahnia*. Le nantissement par transfert de propriété est appelé *tsenia*.

I. — RAHNIA

La *rahnia* est la remise de la possession d'un bien, faite pour sûreté d'une obligation, avec attribution, au créancier, du droit de retenir ce bien jusqu'à parfait paiement, de le faire vendre à l'échéance, au cas de non-remboursement, et de se payer, par préférence, sur le prix provenant de la vente.

§ 1. — *Conditions de validité de la rahnia.*

1. — On ne peut donner à *rahnia* qu'un bien pouvant faire l'objet d'une vente valable. D'après Khalil, en effet, « le nantis-

sement est la remise d'une chose dont la vente est licite » (*trad. Seignette*, art. 368). Ebn Acem dit, également, qu' « une condition essentielle, c'est que la chose remise en gage soit de celles qu'il est possible de donner en paiement d'une obligation » (*trad. Houdas et Martel*, vers 235). Les conditions que le gage doit remplir, déclare Mohammed el-Bachir Ettouati, « sont celles exigées pour l'objet de la vente » (*trad. Abribat*, p. 145). Enfin, la *Medjellat* dispose que « la chose engagée doit être sujette à la vente » (art. 709, al. 1).

D'où il résulte, la terre *arch* ne pouvant être vendue, qu'une terre *arch* ne peut faire l'objet d'un contrat de *rahnia* valable.

En terre *arch*, il est vrai, le possesseur a droit aux fruits de la terre et il en a la libre disposition ; et les fruits de la terre *arch* pouvant être vendus, on concevrait que le possesseur pût avoir le droit de donner ces fruits en nantissement. Mais il est à remarquer que, si le possesseur d'une terre *arch* peut en vendre les fruits, ce n'est qu'autant que ces fruits ont été détachés, perçus par lui, et que, tant que ces fruits n'ont pas été perçus, le possesseur n'en a pas encore la propriété ; il a simplement le droit de les percevoir, à l'exclusion de tout autre. Or, ce droit à la perception des fruits, le possesseur ne peut pas le céder. C'est là ce qui a été constaté au Conseil supérieur de Gouvernement, dans la session de 1882 ; il résulte, en effet, des procès-verbaux de cette haute assemblée, qu'en terre *arch, le cultivateur ne peut consentir aucun contrat de louage, d'échange, d'hypothèque ou autre, impliquant le titre de propriétaire*, attendu que le droit qui lui appartient est *un simple droit d'usufruit incessible, une possession héréditaire limitée aux moyens de culture* (Procès-verbaux des délibérations du Conseil supérieur de Gouvernement, 1882, p. 462 et suiv. ; V., en outre, Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, p. 252 et suiv.).

En sorte que, si le possesseur d'une terre *arch* peut donner à *rahnia* les fruits de cette terre, lorsqu'il se les est appropriés, il lui est interdit de donner, en nantissement, le droit à la perception de ces fruits ; et tout contrat par lequel ce possesseur déléguerait à son créancier, à titre de garantie, le droit de percevoir les

fruits que la terre *arch* qu'il détient pourra produire, doit être tenu pour nul et non avenu.

2. — Le contrat de *rahnia* n'est formé qu'autant que l'accord de volontés, intervenu entre les parties, a été suivi de la remise, au créancier, du bien donné en gage.

« Malek, cependant, ainsi que le constate Châràni, dispose que le contrat de gage est obligatoire du moment qu'il a été agréé, et lors même que le gage n'a pas été consigné au créancier » (*op. cit.*, p. 304). Mais, Châràni ajoute qu' « Abou Hanifah, Chaféi et Ahmed prononcent que le gage n'est véritablement engagé que lorsqu'il est remis au créancier » (*eod. loc.*). Le chaféite En-Nawawi déclare que « le nantissement ne devient irrévocable que par la prise de possession de l'objet, de la part du créancier légitime » (Minhadj at-Talibin, *trad. Van den Berg*, t. I, p. 434). Et Ibn Qasim al-Ghazzi, docteur du même rite, s'exprime ainsi : « le débiteur peut révoquer le contrat aussi longtemps que la prise de possession du gage n'a pas eu lieu de la part du créancier » (Fath al-Qarib, *trad. Van den Berg*, p. 333). Enfin, l'article 706 de la *Medjellat*, code du rite hanéfite, dispose que « le contrat ne devient parfait et irrévocable qu'après la tradition de l'objet ».

D'ailleurs, si Malek enseigne que « le contrat est obligatoire du moment qu'il a été agréé et lors même que le gage n'a pas été consigné au créancier », sa doctrine paraît avoir été répudiée par certains docteurs de son École, car Ebn Acem dit que « la mise en possession est de l'essence du gage » (*op. cit.*, vers 233) ; et nous lisons dans Mohammed el-Bachir Ettouati, qu' « entre autres conditions de validité du nantissement, il faut qu'on prenne livraison du gage avant tout empêchement ; sinon il est nul » (*trad. Abribat*, p. 145 et 146). Il est à noter, enfin, que, si Khalil tient le contrat de gage pour obligatoire dès avant la livraison, au créancier, du bien donné en nantissement, il adopte, cependant, un certain nombre de solutions qui impliquent que, dans son esprit, c'est bien cette livraison qui donne au contrat sa perfection (V., notamment, *trad. Seignette*, art. 387, 389, 402).

On est donc en droit d'affirmer que, tant que le créancier n'a pas pris possession du gage, le contrat de nantissement n'est pas formé. De là cette conséquence, que formule expressément l'article 706 de la *Medjellat :* celui qui a promis de donner un gage est toujours maître de s'en dédire, tant qu'il n'a pas livré.

D'autre part, de même que le contrat de *rahnia* ne se forme que par la remise du gage au créancier, de même il est résolu par la renonciation du créancier à la possession du gage.

Dès lors, la reprise du gage, par le débiteur, même à titre de dépôt ou de prêt à usage, emporte la nullité du contrat. Il n'y a pas, sur ce point, il est vrai, unanimité dans la doctrine (Cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 389 et 390; Châràni, *op. cit.*, p. 305; *Medjellat*, art. 749). Mais Ebn Acem déclare formellement que : « si l'objet revient aux mains du constituant, même à titre de prêt, le contrat est annulé » (*op. cit.*, vers 233), et cette solution apparaît comme la seule qui permette de protéger efficacement les tiers de bonne foi qui, constatant la reprise de possession par le débiteur, sont en droit de le tenir pour libéré, et peuvent se croire autorisés à traiter avec lui comme s'il était plein et entier propriétaire.

§ 2. — *Effets de la rahnia.*

3. — Le créancier a le droit de retenir, jusqu'à parfait paiement, le bien qui lui a été donné en gage (*Medjellat*, art. 729). Mais, c'est là une règle qui ne s'applique que sous le bénéfice des deux observations suivantes :

a). — Le droit de rétention ne peut s'exercer que tant que la dette, au remboursement de laquelle il a été spécialement affecté, n'a pas été payée. Mais, si le débiteur s'était libéré de cette dette, le fait que ce débiteur se trouve encore tenu d'une autre dette vis-à-vis du même créancier, n'autoriserait pas ce dernier à retenir le gage jusqu'à parfait paiement de la seconde dette. Il résulte, en effet, des termes mêmes de l'article 714 de la *Medjellat*, que si le gage peut garantir le remboursement de cette

seconde dette, ce n'est qu'autant que les parties auraient affecté expressément le gage à la sûreté du second emprunt.

b). — Alors même qu'il s'agit de la dette en vue de laquelle l'affectation a été spécialement consentie, le droit de rétention ne peut être exercé que pour la créance principale. Il ne saurait l'être pour les créances accessoires, telles que celle qui serait née du chef des dépenses faites par le créancier pour la conservation du gage. « Le créancier engagiste, dit, en effet, Khalil, reprendra du débiteur, *comme dette nouvelle et à part, non sur le gage*, les dépenses que, même sans autorisation de ce débiteur, il aura dû faire pour l'entretien et le soin du gage » (*trad. Perron*, t. IV, p. 545).

A fortiori, le droit de rétention ne pourrait-il s'exercer pour assurer le paiement des intérêts qu'a pu stipuler le créancier. Et l'on ne saurait objecter, pour contester l'exactitude de cette solution, qu'en matière personnelle et mobilière, les Musulmans algériens sont, aux termes du décret du 17 avril 1889, régis par la loi française, et que, pourvu que les intérêts stipulés n'excèdent pas le taux de 8 0/0, cette loi tient la stipulation d'intérêts pour parfaitement licite ; car si, en matière personnelle et mobilière, entre Musulmans, la loi à appliquer est la loi française, il n'en est pas moins vrai qu'en matière réelle immobilière, entre Musulmans et s'agissant d'un immeuble musulman, la loi à appliquer est la loi musulmane.

Or, si la question de savoir si le créancier a pu valablement se faire promettre des intérêts, doit être résolue conformément au droit français des obligations, parce qu'en matière d'obligations, même entre Musulmans, c'est la loi française qui est applicable, il n'en est pas moins vrai que la question de savoir si le créancier peut retenir le gage pour assurer le paiement des intérêts qui lui sont dus, rentre dans le statut réel immobilier, parce qu'elle n'est qu'un aspect particulier de la question de savoir quelle est l'étendue des droits du créancier gagiste sur l'immeuble qui lui a été donné en gage, laquelle est manifestement une question de statut réel immobilier ; et, comme, en matière réelle immobilière, entre Musulmans, s'agissant d'un

immeuble musulman, la loi à appliquer est la loi musulmane, c'est celle-ci qu'il faut consulter pour savoir dans quelles circonstances le créancier est autorisé à user de son droit de rétention.

Dès lors, la loi musulmane interdisant le prêt à intérêt, la question de savoir si l'immeuble engagé peut être retenu pour assurer le paiement des intérêts promis, ne se pose même pas.

4. — Le droit de rétention s'exerce de plein droit, non seulement sur le bien remis en nantissement, mais aussi sur toutes les choses qui en étaient ou en sont devenues parties intégrantes, ou en constituent des dépendances naturelles, à moins, toutefois, qu'elles n'aient le caractère de fruits périodiques.

Khalil dit, en effet, qu' « à moins de conventions qui établissent le contraire » (*trad. Perron*, t. III, p. 532), ne sont compris dans le nantissement « ni les fruits civils, ni les fruits naturels, lors même qu'ils seraient mûrs » (*trad. Seignette*, art. 396).

5. — D'autre part, si le créancier n'a pas le droit de retenir les fruits du gage, *a fortiori*, n'a-t-il pas celui de les percevoir et de se les approprier.

Il n'en serait autrement qu'autant que le créancier aurait stipulé la faculté de jouir du gage. « Le créancier, est-il dit dans l'article 750 de la *Medjellat*, ne peut user du gage sans l'autorisation du débiteur. » D'où il résulte, qu'en l'absence de cette autorisation, le créancier ne peut user du bien à lui remis en nantissement.

Mais, il est à remarquer que si, chez les Hanéfites, tout créancier, quel qu'il soit, peut, ainsi, se faire autoriser à jouir du gage, et stipuler qu'il en percevra les fruits sans être obligé de tenir compte de leur valeur au débiteur, puisque l'article 750 de la *Medjellat* porte que le créancier peut alors « disposer des produits, comme les fruits et le lait, sans que rien ne soit déduit de sa créance », chez les Malékites, des solutions sensiblement différentes ont prévalu.

Dans le rite malékite, en effet, qui est celui auquel se ratta-

chent la très grande majorité des Musulmans algériens, tout créancier ne peut pas stipuler la jouissance du gage. Seul, peut le faire, celui dont la créance n'est pas née d'un prêt ; encore ne peut-il le faire que pour un laps de temps déterminé.

Mais, celui dont la créance est née d'un prêt ne peut pas stipuler qu'il aura droit aux fruits du bien qu'il détient à *rahnia*. Sur ce point, les textes sont formels. « Il est permis au créancier, dit Khalil, de stipuler qu'il fera gratuitement usage de la chose livrée en gage, mais à la double condition que la durée de l'emploi de cette chose soit déterminée, et que la mise en gage ait été consentie à la suite d'une vente, non d'un prêt » (*trad. Perron*, t. III, p. 535 et 536). « Même interdiction, déclare Ebn Acem, si la créance garantie provient d'un prêt » (*op. cit.*, vers 239). Et nous lisons dans Mohammed el-Bachir Ettouati que « la stipulation de jouissance du gage... est illicite, si le gage est donné pour un prêt de consommation, car ce serait nécessairement un prêt à intérêt » (*trad. Abribat*, p. 146).

D'où il résulte que, lorsque la créance est née d'un prêt (et c'est là l'hypothèse la plus fréquente et celle en présence de laquelle nous nous plaçons), le créancier ne peut, même en vertu d'une clause spéciale du contrat, s'approprier les fruits du gage. Si bien que si, en fait, il les a perçus, le moins qu'on puisse exiger de lui, c'est qu'il tienne compte, au débiteur, de la valeur de ces fruits (1).

Telle est la solution qui se dégage des principes fondamentaux consacrés, en la matière, par le rite malékite, et dont il serait

---

(1) En fait, d'après les renseignements qui nous sont parvenus, il arriverait souvent que des Musulmans s'adressent au notaire français qui dresse, non pas un acte de rahnia, mais un acte d'antichrèse ; et l'acte porte alors, conformément aux dispositions de l'article 2089 du Code civil, qu'à raison du rendement aléatoire de l'immeuble antichrésé, les fruits se compenseront avec les intérêts, et que le créancier n'aura pas de comptes à rendre du chef des fruits perçus.

Il serait bon que l'emprunteur fût prévenu que l'article 2089 du Code civil a été modifié par une loi postérieure qui a fixé un maximum au taux de l'intérêt, et que tous les auteurs s'accordent pour dire que la clause portant que le créancier pourra percevoir les fruits sans avoir de comptes à rendre, devrait être annulée si l'excédent des fruits, sur les intérêts susceptibles d'être stipulés, était de quelque importance.

désirable, étant donnés les abus signalés de toutes parts, en Algérie, que les pouvoirs publics compétents assurassent l'application, conformément à l'article 1801 de la *Medjellat*, aux termes duquel : « Lorsque, d'ordre souverain, l'opinion d'un docteur de la loi ayant été trouvée conforme aux intérêts du public et aux exigences du temps, il a été ordonné de juger conformément à cette opinion, les juges ne peuvent point valablement appuyer leurs décisions sur une opinion contraire ».

Ainsi, le créancier doit faire état de la valeur des fruits perçus par lui. Cette valeur doit venir en déduction du montant de sa créance.

Or, strictement, cette imputation de la valeur des fruits devrait se faire sur le capital, puisque le créancier, d'après la loi musulmane, n'a pas le droit de stipuler des intérêts. Mais comme, en matière d'obligations, les Musulmans sont régis par la loi française et que celle-ci permet, jusqu'à concurrence d'un certain taux, la stipulation d'intérêts, il y aurait lieu d'imputer, tout d'abord, sur les intérêts qu'a pu légalement stipuler le créancier, la valeur des fruits perçus par lui, et, subsidiairement, seulement, sur le capital de la dette, conformément aux dispositions de l'article 2085 du Code civil.

C'est, qu'en effet, la question de savoir comment se fera cette imputation n'est plus une question de statut réel immobilier ; la contestation à laquelle pourrait donner lieu son règlement, serait une contestation en matière personnelle et mobilière, en sorte que c'est conformément à la loi française qu'elle devrait être tranchée.

6. — Lorsqu'à l'échéance, le créancier n'est pas payé, il n'a pas le droit, à titre de paiement ou d'indemnité, de s'approprier le gage, et cela, alors même que, par une clause spéciale du contrat de nantissement ou par une convention postérieure, le débiteur lui en aurait reconnu le droit. Ebn Acem dit, en effet, qu' « il est défendu de convenir que, si la dette n'est pas payée à l'échéance, le gage deviendra la propriété du créancier » (*op. cit.*, vers 246) ; et Nawawi s'exprime ainsi : « Il est illégal

de stipuler que la chose engagée sera considérée comme vendue au créancier, à l'échéance de la dette ; cette stipulation a pour effet de rendre illégaux aussi bien le nantissement que la vente » (*op. cit.*, t. I, p. 442).

7. — Le créancier ne peut pas davantage procéder lui-même et directement à la vente du gage, à moins, toutefois, que le débiteur n'y consente.

Encore faut-il, pour la validité de la vente, que le consentement du débiteur ait été donné après l'échéance de la dette, et que la vente ait été faite en présence du débiteur.

Quelques docteurs malékites, Ebn Acem, notamment, autorisent, il est vrai, le créancier à vendre, alors même que le consentement du débiteur aurait été donné avant l'échéance, pourvu qu'il l'ait été postérieurement au contrat de nantissement. « Quand l'échéance de la dette est fixée, dit Ebn Acem, l'usage permet de vendre le gage sans autorisation nouvelle du constituant, pourvu que cette autorisation ait déjà été donnée avant l'échéance, mais postérieurement au contrat principal » (*op. cit.*, vers 240 et 241).

Mais, les rites hanéfite et chaféite se montrent, à ce point de vue, plus exigeants, et par ce fait que leurs exigences constituent autant de garanties pour le débiteur, elles nous paraissent mériter d'être sanctionnées.

C'est ainsi que l'article 760 de la *Medjellat* ne tient pour valable le mandat de vendre donné par le débiteur au créancier, que s'il l'a été à l'échéance du terme fixé pour le paiement de la dette. Et nous lisons dans Nawawi que, « jamais, toutefois, la vente ne peut s'effectuer par le créancier, même avec le consentement du débiteur, si ce n'est en présence de celui-ci » (*op. cit.*, t. I, p. 440).

Ainsi, à l'échéance, le créancier ne peut vendre le gage qu'avec le consentement actuel et la participation du débiteur.

8. — A l'inverse, le gage ne peut être vendu par le débiteur, sans le consentement du créancier, en ce sens que la vente

ainsi consentie ne serait pas opposable au créancier, et que ce dernier pourrait exciper, à l'encontre de l'acquéreur, de son droit de rétention, jusqu'à parfait paiement. « Ni le débiteur, ni le créancier, ne peuvent vendre le gage sans leur assentiment réciproque », porte l'article 756 de la *Medjellat*. « La vente a lieu par le débiteur, quoique jamais sans en avoir obtenu l'autorisation du créancier », dit Nawawi (*op. cit.*, t. I, p. 439).

9. — Enfin, si le débiteur et le créancier ne peuvent se mettre d'accord, il est alors procédé à la vente du gage par les soins du magistrat, et il n'y peut être procédé que par ses soins. « Si le débiteur refuse de vendre le gage, dit, en effet, Khalil, il sera vendu par autorité de justice » (*trad. Seignette*, art. 409). De même, Châràni déclare que « si le débiteur s'y refuse, l'autorité judiciaire l'oblige à vendre le gage » (*op. cit.*, p. 306). « Si le débiteur refuse, porte l'article 757 de la *Medjellat*, le juge vend le gage et acquitte la dette ». Et, d'après Nawawi, « le juge peut procéder à la vente, sans le concours du débiteur, dans le cas où celui-ci persiste dans son refus, après la condamnation » (*op. cit.*, t. I, p. 440).

Ainsi, au cas de désaccord, à l'échéance, entre le débiteur et le créancier, la vente doit et ne peut être que judiciaire.

Or, les docteurs musulmans ne nous donnent que fort peu de renseignements touchant la procédure de cette vente par autorité de justice. Il est, toutefois, possible de dégager des textes un certain nombre de règles ou de principes fondamentaux. C'est ainsi que la vente doit être faite aux enchères ; que l'adjudication ne peut être faite qu'au comptant, au plus offrant et dernier enchérisseur, et moyennant qu'un prix convenable ait été offert par celui-ci ; que si cette offre d'un prix convenable ne se produit pas, il y a lieu de procéder à de nouvelles mises en vente ; et qu'il est des auteurs qui soutiennent qu'il est indispensable que le procès-verbal d'adjudication constate l'accomplissement de ces diverses formalités.

A ce point de vue, les développements que Khalil consacre

à la vente des immeubles de mineurs, nous sont tout à fait précieux.

« Le cadi ou représentant de la justice peut vendre, dit-il, à la condition toutefois de faire justifier avant tout... 6° que la chose a été mise en vente à plusieurs reprises ; 7° qu'il ne se trouve plus d'amateurs d'enchères nouvelles ; 8° que le prix de vente ferme l'accès à toute chance défavorable, c'est-à-dire est le prix coutumier de la chose, ou est plus élevé, est au comptant, n'est point, en effet, et ne peut dès lors subir la chance de rien faire perdre à l'orphelin... » (*trad. Perron*, t. IV, p. 70 et 71). Et le jurisconsulte ajoute qu'il y a controverse sur le point de savoir si le magistrat doit, ou non, déclarer expressément que des témoins ont attesté que toutes les exigences de la loi avaient été satisfaites *(eod. loc.)*; ce qui implique que, dans l'opinion de certains docteurs musulmans, le magistrat doit, à peine de nullité, constater expressément qu'il s'est conformé à toutes les formalités prescrites par la loi.

10. — Les règles concernant la vente du gage s'appliquent aussi bien au cas où ce gage a été confié à un tiers dépositaire, qu'à celui où il est resté entre les mains du créancier. « Le gage déposé entre les mains d'un tiers, dit, en effet, l'article 752 de la *Medjellat*, a le même effet que celui entre les mains du créancier ». Et le tiers dépositaire ne peut vendre le gage que s'il en a reçu mandat des deux parties (Khalil, *trad. Seignette*, art. 407 ; *Medjellat*, art. 761 ; Nawawi, *op. cit.*, t. I, p. 440). En l'absence de ce double mandat, la vente ne peut être que judiciaire.

11. — Lorsque la vente a eu lieu, le créancier se paie, par préférence, sur le prix qui en provient. « Le gage, dispose, en effet, la *Medjellat*, confère au créancier le droit... de se faire payer sur l'objet engagé, par préférence aux autres créanciers » (art. 729).

Quant à la question de savoir si le créancier n'est payé par préférence que pour le principal de sa créance, ou s'il l'est

également pour les intérêts qui lui sont dus, et les sommes qu'il peut réclamer accessoirement, pour dépenses, par exemple, faites pour la conservation du gage (Khalil, *trad. Seignette*, art. 410), c'est là une question qui doit être résolue conformément à la loi française, parce que les contestations que soulève son règlement sont d'ordre personnel et mobilier, et que les contestations en matière personnelle et mobilière sont, aux termes du décret du 17 avril 1889, même entre Musulmans, régies par le droit français.

§ 3. — *Contestations et preuve en matière de rahnia.*

12. — Les contestations qui se produisent le plus fréquemment, en matière de *rahnia*, portent, soit sur le fait même de la constitution de gage, soit sur le chiffre de la créance garantie.

13. — Au cours d'une instance en revendication, par exemple, le défendeur excipe, pour se soustraire à toute restitution de l'immeuble revendiqué, de ce que cet immeuble lui aurait été donné à *rahnia*, pour garantir le remboursement d'une créance, remboursement qui n'aurait pas encore été opéré.

C'est, alors, à ce défendeur qu'il appartient d'établir l'existence de sa créance et le fait de la constitution de gage, car la loi musulmane admet, elle aussi, la règle : *reus in excipiendo fit actor* (Ebn Acem, *op. cit.*, p. 10, note 10). Khalil dit, d'ailleurs, que, « jusqu'à preuve contraire, le dire de celui qui conteste le nantissement fera foi » (*trad. Seignette*, art. 425) ; et Nawawi pose en principe que : « dans toute contestation entre le débiteur et le créancier, au sujet de la chose engagée ou de sa quantité, la présomption est en faveur du premier » (*op. cit.*, t. I, p. 446).

Or, pour ce qui est du fait de la constitution de gage, le prétendu créancier ne peut l'établir que par la production d'un acte écrit, constatant le contrat du nantissement, ou, à défaut de cet acte, par l'aveu de son adversaire ou la délation de serment.

La preuve par l'aveu ou le serment est, en effet, toujours recevable, à défaut d'autre preuve (Khalil, *trad. Seignette*, art. 1451 ; Ibrahim Halebi, Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. VI, p. 195 et 196 ; *Medjellat*, art. 79 et 1742).

Mais, si la preuve par l'aveu ou le serment est toujours recevable, à défaut d'autre preuve, cette autre preuve, en la matière qui nous occupe, ne peut être que la preuve écrite.

On pourrait objecter, il est vrai, qu'il est dit au verset 283 du chapitre II du Coran : « Si vous êtes en voyage, et que vous ne trouviez pas d'écrivain, il y a lieu à nantissement ». Mais, ainsi qu'on l'a fait observer, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un véritable nantissement, c'est-à-dire de la remise au créancier d'un objet sur le prix duquel il pourra se payer plus tard, mais de la remise au créancier d'un objet, dont la possession, par le créancier, constituera, pour ce dernier, un moyen de prouver l'existence de sa créance. Le fait de sa possession sera de nature à rendre très vraisemblables ses allégations touchant l'existence de sa créance, créera une présomption en sa faveur, et suppléera, au point de vue de la preuve, à l'absence de l'écrit qu'il n'a pu se procurer.

On pourrait objecter, encore, que des docteurs musulmans, tels qu'Ebn Acem ou Khalil, n'exigent pas, pour la preuve du nantissement, la représentation d'un acte écrit. L'objection est fondée, mais il est facile de l'écarter, en faisant observer que les écrits de ces docteurs datent de plusieurs siècles, et que, depuis l'époque à laquelle ils écrivaient, sous la pression de nécessités économiques nouvelles, principalement, les dispositions de la loi musulmane, en la matière, ont été très notablement amendées.

C'est ainsi qu'en Turquie, la loi du 27 redjeb 1291, s'agissant de l'affectation d'un immeuble à la garantie d'une créance, oblige le créancier et le débiteur à déclarer le contrat de nantissement intervenu entre eux, en présence de la commission constituée pour recevoir les actes de transfert d'immeubles. Le contrat est enregistré, et le titre de propriété et le titre de créance sont remis au créancier. La tradition du titre de propriété

remplace celle de l'immeuble donné en gage, dont le débiteur conserve la garde et la jouissance. Mais la constitution du gage doit être mentionnée sur le titre, et c'est seulement par la représentation de ce titre que le créancier peut prouver l'affectation à lui consentie (Padel et Steeg, *Législation foncière ottomane*, p. 154).

Les choses se passent à peu près de même en Tunisie. Là aussi, la constitution de gage se réalise par la remise du titre au créancier qui, pour prouver l'existence d'un droit de gage à son profit, doit justifier, par écrit, de son droit à la possession du titre. C'est là ce que constatent de très nombreuses décisions judiciaires (Tunis, 6 décembre 1897, *Rev. Alg.*, 1898, 2, 275; 25 juin 1901, *J. Robe*, 1902, p. 80; 23 mai 1906, *J. tr. T.*, 1906, p. 542; 30 juillet 1898, *J. tr. T.*, 1901, p. 21; 7 octobre 1898, *eod. loc.*, 1899, p. 268.

Enfin, pour ce qui est du Maroc, M. Salmon, le chef regretté de la mission scientifique, a constaté que à Tanger et dans les environs, la propriété des immeubles est toujours constatée par un titre; que c'est par la transmission du titre que s'opère le transfert de la propriété, et que c'est par la production du titre que l'on justifie de son droit à la possession (*Archives marocaines*, 1904, II, 225).

Ainsi, c'est par écrit, qu'en principe, la preuve du contrat de nantissement doit être faite par le créancier.

Il est bon d'observer, en outre, que cet écrit ne saurait être un acte rédigé par une personne quelconque. Seul, a force probante l'acte dressé par le cadi, ou l'acte rédigé par toute autre personne, mais signé des parties. C'est ainsi que l'acte rédigé par un *taleb* quelconque, mais que n'ont pas signé les parties, est dépourvu de toute force probante. Tout acte, en effet, reçu par un autre que ceux à qui le souverain a conféré le droit de recevoir des actes, n'est qu'un acte sous seing privé. Et l'acte sous seing privé ne peut faire preuve que s'il porte la signature des parties, ainsi que cela résulte des articles 1607 et 1609 de la *Medjellat*, et des articles 26, 27 et 28 du décret réglementaire égyptien du 27 mai 1897.

Or, en tout pays musulman, le souverain peut réserver, à certaines personnes qu'il désigne, le droit exclusif de recevoir des actes et de les constater par écrit. « Il est permis au prince, dit Ibn Farhoun, dans un passage dont M. Fagnan a bien voulu nous communiquer la traduction, pour le bien des fidèles, et non dans un but de lucre et pour avantager celui qui est désigné, de confier à un ou plusieurs individus pieux et capables, *le droit exclusif de rédiger les actes* » (I, 190, d'après Ibn el-Monacif). Et, en tout pays musulman, le souverain a usé de cette faculté (Cf. *Medjellat*, art. 1737 et suiv. ; décret réglementaire égyptien des *mahakmas*, du 27 mai 1897, art. 30 et 33). C'est ainsi qu'en Algérie, les cadis avaient été investis de ce privilège. « Tout billet privé, dit Venture de Paradis, même attesté par deux témoins particuliers, n'est point légal, et on peut le nier en justice, même quand il aurait le cachet : il faut qu'ils soient faits par des notaires publics. Chaque cadi hanéfi et maléki en a douze ; ils dressent les billets et les reçus pour toutes sortes d'affaires et d'engagements » (Alger au XVIIIe siècle, *éd. Fagnan*, p. 162).

14. — Il se peut, enfin, que la contestation porte sur le montant de la créance garantie. Lors de la vente du gage, le créancier réclame 1.000 et prétend prélever 1.000 sur le prix provenant de la vente. Le débiteur affirme n'avoir reçu que 500.

Or, malgré qu'il s'agisse d'une contestation en matière personnelle et mobilière, ce n'est pas conformément au droit français que la question sera jugée. Car, le décret du 17 avril 1889 réserve expressément l'application de la loi musulmane, en tant qu'il s'agit de l'interprétation des conventions, l'appréciation des faits et l'*administration de la preuve*.

C'est donc d'après la loi musulmane que seront tranchées la question de savoir à qui incombe la preuve et celle de savoir comment la preuve sera faite.

Or, en droit musulman, en pareille occurrence, c'est toujours au créancier qu'incombe le fardeau de la preuve. Voici, en effet, comment s'exprime le jurisconsulte Ibn Rochd : « Le juge n'autorise le créancier à vendre qu'après que celui-ci lui a

fourni la preuve de l'existence de la dette, de l'existence du gage, du droit qu'avait le débiteur d'en disposer, et après serment prêté par le créancier qu'il n'a point renoncé à sa créance, qu'il n'en a pas touché le montant et qu'il ne l'a pas cédée à d'autres » (Santillana, *Code civil et commercial tunisien*, avant-projet, art. 1824, note). Et nous lisons dans Châràni : « D'après les trois autres grands imams (Abou Hanifa, Chaféi et Ahmed Ibn Hanbal), c'est la déclaration de l'engageant, appuyée du serment, qui fait foi. Lors donc qu'il a soldé à l'engagiste la somme qu'il a jurée, il reprend le gage » (*op. cit.*, p. 307).

Ainsi, le créancier devra prouver qu'il a bien réellement versé les 1.000 qu'il réclame. Et cette preuve, il ne pourra la faire, en principe, que par écrit, conformément au verset 282 du chapitre II du Coran, dans lequel il est dit : « Lorsque vous contractez une dette payable à une époque fixée, mettez-la par écrit... Ne dédaignez point de mettre par écrit une dette, qu'elle soit petite ou grande, en indiquant le terme du payement ».

Et, ainsi qu'il résulte des explications qui précèdent, la preuve ne peut être considérée comme faite qu'autant que l'acte produit a été dressé par un cadi, ou porte la signature du débiteur.

II. — TSENIA

15. — L'opinion que la *tsenia* n'est qu'une sorte de vente à réméré, est très répandue en Algérie, et il est arrivé, fréquemment, que les règles de notre droit, touchant la vente à réméré, lui ont été appliquées.

Or, il est à remarquer que les docteurs musulmans se sont longtemps refusés à admettre la validité de la vente à réméré, y voyant une vente « que l'on peut accuser de combinaison de prêt » (Khalil, *trad. Perron*, t. III, p. 258). C'est ainsi qu'Ebn Acem déclare que « la vente à réméré est entachée de nullité » (*op. cit.*, vers 804).

Les docteurs musulmans se sont, toutefois, relâchés de leur sévérité sur ce point, ainsi que le constate Ebn Acem lui-même,

et que cela résulte de l'article 32 de la *Medjellat*, ainsi conçu : « Ce qui est exigé pour la satisfaction d'un besoin public ou privé est admis comme une nécessité légitime. C'est en vertu de ce principe qu'on a permis la vente à réméré. Cette espèce de vente a été admise, pour la première fois, en Boukharie, où le grand accroissement des dettes de la population l'avait rendue nécessaire ».

Mais, si la vente à réméré n'est plus, toujours et nécessairement, considérée comme nulle et non avenue, elle n'est jamais réputée conclue qu'à titre de nantissement. « La vente à réméré, dit le cheikh-el-islam de Tunis, Ahmed ben el-Khodja, est une combinaison virtuelle de la vente définitive avec le nantissement proprement dit, en ce sens *qu'elle est considérée : d'abord comme un nantissement*, si bien que le débiteur se fait rendre l'objet en payant ce qu'il doit, ou que l'acheteur est responsable de sa perte ou de sa diminution, de la même façon que dans le nantissement... et, ensuite, comme une vente définitive et valable par rapport à l'acheteur, au point qu'il peut légitimement manger les fruits produits par le gage et jouir de celui-ci, en y habitant, le cultivant ou le donnant à bail » (Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi, *trad. Goguyer*, p. 55 et 56). « A cause de l'impossibilité pour l'acheteur de vendre la chose à un tiers, porte l'article 118 de la *Medjellat, ce contrat équivaut au gage* ». Et c'est à bon droit que le tribunal de Sétif a jugé, le 17 février 1905, que le contrat de *tsenia* n'est qu'un mode particulier de la *rahnia* (J. Robe, 1905, p. 134).

Ainsi, la vente à réméré, dans la loi musulmane, ne vaut que comme nantissement. Aussi, nos indigènes sont-ils quelque peu surpris lorsqu'il est fait application, aux *tsenia* consenties par eux, de certaines des règles de notre droit concernant la vente à réméré, de celles, notamment, contenues dans les articles 1660 et 1662 du Code civil, et d'après lesquelles, faute par le vendeur d'avoir exercé le réméré dans un délai maximum de cinq années, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable. C'est là ce que constate une très intéressante note qu'a bien voulu nous communiquer M. le Président Laloë, et dont l'auteur

demande que, lorsque des indigènes consentent à des Européens, par acte notarié, des ventes à réméré, il soit enjoint au notaire de ne dresser l'acte qu'après avoir acquis la certitude que l'indigène a bien compris que la vente deviendra nécessairement définitive, à l'expiration du terme fixé par la loi française. C'est là une mesure dont l'adoption serait excellente pour ces contrats de vente à réméré, auxquels participent des indigènes, lorsque ces contrats sont régis par la loi française, mais dont le besoin ne se fait nullement sentir lorsqu'il s'agit de la vente à réméré musulmane, du contrat de *tsenia*, lequel est, ici, seul en cause, car, ainsi qu'il résulte des explications qui suivent, on n'a pas à redouter, sous l'empire de la loi musulmane, comme en droit français, que le vendeur se trouve dépouillé automatiquement, en quelque sorte, et sans qu'il ait pu s'y attendre.

16. — De ce qu'en effet, la vente à réméré ne vaut, en droit musulman, que comme nantissement, découle cette conséquence que les règles de la *rahnia* sont, en principe, applicables à la *tsenia*.

C'est là ce que constate, notamment, Ahmed ben el-Khodja, cheikh-el-islam de Tunis, dans les termes suivants : « La vente à réméré est une combinaison virtuelle de la vente définitive avec le nantissement proprement dit, en ce qu'elle est considérée : *d'abord comme un nantissement...* » (*op. cit.*, p. 55 et 56). La vente à réméré est donc, avant tout, un nantissement. Et M. Santillana va jusqu'à écrire : « dans le système hanéfite, la vente à réméré est un nantissement » (*op. cit.*, art. 799, note).

Dès lors : *a)*. — L'acheteur à réméré ne peut pas disposer, librement et sans le consentement du vendeur, de l'immeuble acquis par lui : « Ni l'*acheteur*, ni le vendeur, dit l'article 397 de la *Medjellat*, ne peuvent vendre à un tiers la chose vendue à réméré ». « Le créancier nanti, dit également Ahmed ben el-Khodja, ne peut transférer la possession du gage à autrui, soit par vente à réméré semblable à la vente qui le lui a procuré, soit par nantissement proprement dit, soit par prêt, sans l'au-

torisation du débiteur, et, s'il le fait, ce dernier aura le droit de retirer le gage des mains du nouveau débiteur » (*op. cit.*, p. 58).

b). — Le vendeur a toujours la faculté de reprendre le bien vendu, en restituant le prix qu'il a reçu. A l'inverse, l'acheteur peut toujours, à l'expiration du délai imparti au vendeur pour exercer le rachat, réclamer le prix qu'il a payé, en offrant la restitution du bien qui lui a été livré. C'est ainsi que l'article 396 de la *Medjellat* porte que : « Dans la vente à réméré, de même que le vendeur a la faculté de reprendre la chose vendue moyennant restitution du prix, l'acheteur peut, de son côté, demander la restitution du prix en faisant restitution de la chose vendue ».

c). — Si aucun délai n'a été stipulé pour la reprise du bien vendu par le vendeur, celui-ci peut, à un moment quelconque, et quel que soit le laps de temps écoulé, exercer le réméré. — D'autre part, l'acheteur ne peut, en aucun cas, mettre le vendeur en demeure de pratiquer le réméré. Puisqu'en effet, la *tsenia* n'est qu'un mode particulier de la *rahnia*, la vente à réméré, comme le nantissement proprement dit, peut être consentie pour un laps de temps indéterminé. Voici, d'ailleurs, d'après le jurisconsulte Elmattiti, comment se formule ordinairement la vente à réméré : « Je vous vends telle chose moyennant tel prix, à condition qu'au jour où je vous rapporterai une somme égale, à telle époque ou *à une époque indéterminée*, cette chose me sera rendue » (Ebn Acem, *op. cit.*, note 735).

d). — Si un délai a été imparti au vendeur pour l'exercice du réméré, à compter de l'expiration de ce délai, l'acheteur mettra le vendeur en demeure de pratiquer le rachat. Et, si cette mise en demeure n'a pas été suivie d'effet, il n'en résulte pas que l'acheteur soit devenu propriétaire incommutable du bien qu'il a acquis, et qu'il ait, dorénavant, la faculté d'en disposer comme bon lui semble. Ici, en effet, comme au cas de nantissement proprement dit, l'acheteur, qui n'est qu'un créancier, ne peut vendre qu'avec l'assentiment de son vendeur ; ou bien, sur le refus du vendeur, avec la permission du juge. Mais, dans cette dernière hypothèse,

la vente ne peut avoir lieu que dans les formes prescrites pour la réalisation du gage. Et c'est ainsi que le tribunal de Sétif a pu juger, le 17 février 1905, que « l'échéance du terme fixé ne confère pas la propriété de l'immeuble au prêteur non remboursé, qui peut seulement vendre l'immeuble sur autorisation du bailleur ou de justice » (J. Robe, 1905, p. 134).

e). — Au cas de vente judiciaire poursuivie à la requête de l'acheteur, ce dernier ne peut prélever sur le prix provenant de la vente que la somme moyennant le paiement de laquelle le rachat aurait pu avoir lieu. C'est là ce qu'admettent implicitement, mais d'une façon non douteuse, les articles 399, 400 et 401 de la *Medjellat*.

f). — Au cas de contestation portant sur le fait même de la conclusion du contrat de vente à réméré, la preuve de ce contrat ne peut, en principe, se faire que par écrit. « Toutes les fois, dit Ebn Acem, que cette clause est stipulée bénévolement, le mieux est d'en faire, *par écrit*, l'objet d'un contrat distinct » (*op. cit.*, vers 808).

17. — Il est, dès lors, permis de demander en quoi la *tsenia* et la *rahnia* diffèrent. La différence consiste, d'après Ahmed ben el-Khodja, uniquement en ce que l'acheteur « peut légitimement manger les fruits produits par le gage et jouir de celui-ci en y habitant, le cultivant et le donnant à bail » (*op. cit.*, p. 56). L'acheteur à réméré peut jouir du bien acquis et en percevoir les fruits, comme s'il en était propriétaire incommutable. Tel est, en réalité, le seul point de vue auquel il est possible de voir, dans la *tsenia*, une véritable vente, et ce n'est que « *considéré au point de vue du droit de jouissance que l'acheteur acquiert sur la chose*, que *ce contrat a les caractères de la vente licite* » (*Medjellat*, art. 118).

Encore est-il bon d'observer, qu'en Algérie, les règles que formulent, à ce point de vue, les docteurs musulmans, ne sauraient plus avoir d'application. Car si, « pour la satisfaction d'un besoin public ou privé » (art. 32 de la *Medjellat*), les docteurs musulmans ont toléré la vente à réméré, et se sont rési-

gnés à sanctionner certains des effets de ce contrat, alors même qu'il en résulterait la possibilité de réaliser, non seulement des prêts à intérêt, mais aussi des prêts usuraires, — la loi française, elle, autorise le prêt à intérêt, mais ne permet pas l'usure, et elle oblige le créancier à imputer les fruits de l'immeuble qu'il détient pour sûreté de sa créance, sur les intérêts, puis sur le capital de cette créance (art. 2085 du Code civil).

Or, sur ce point, les règles du droit français doivent être appliquées, même entre Musulmans. La question de savoir si l'acheteur à *tsenia* peut percevoir, lui-même, la totalité des fruits du bien acheté par lui, est bien une question de statut réel immobilier, puisqu'elle n'est qu'un aspect particulier de la question de savoir quelle est l'étendue des droits de l'acheteur sur l'immeuble qu'il a acheté.

Mais, lorsque les fruits ont été détachés et perçus par l'acheteur, ces fruits constituent des meubles, et les difficultés nées de la question de savoir si ces fruits, l'acheteur a le droit de les dissiper ou de les consommer sans avoir de compte à rendre à son vendeur, ou s'il doit, au contraire, faire état de leur valeur et imputer celle-ci sur le montant du prix de rachat, sont des contestations en matière personnelle et mobilière, et doivent, même entre Musulmans, être réglées conformément au droit français. Et, comme l'article 2085 du Code civil impose l'imputation des fruits sur les intérêts, d'abord, puis sur le capital de la dette, il y a lieu de décider que ce n'est que sous réserve de l'application de cet article, que l'acquéreur, au cas de *tsenia*, peut disposer librement des fruits de l'immeuble qui lui a été vendu.

En résumé, les dispositions qui précèdent pourraient être rédigées sous forme d'articles, et formulées de la manière suivante :

RAHNIA

Art. 1er. — Le possesseur d'une terre *arch* ne peut donner à *rahnia*, ni cette terre, ni le droit à la perception des fruits produits par elle.

Art. 2. — Le contrat de *rahnia* ne se forme que par la remise, au créancier, du bien donné en nantissement. Il est dissous dès l'instant où le créancier a volontairement cessé de posséder le gage.

Art. 3. — Le créancier peut retenir le gage jusqu'à parfait paiement de ce qui lui est dû, mais seulement pour le paiement du principal de sa créance, et non pour celui des intérêts, et seulement s'il s'agit d'une créance au remboursement de laquelle le gage a été spécialement affecté.

Art. 4. — Le droit de rétention du créancier peut s'exercer, non seulement sur le bien donné en nantissement, mais aussi sur toutes les choses qui en étaient ou en sont devenues parties intégrantes, ou en constituent des dépendances naturelles, à moins qu'elles n'aient le caractère de fruits périodiques.

Art. 5. — Le créancier n'a pas le droit de stipuler qu'il percevra les fruits du bien à lui remis en nantissement. Si, en fait, il les a perçus et consommés, il est comptable de leur valeur, et devra les imputer, conformément à l'article 2085 du Code civil, d'abord sur les intérêts, puis sur le capital de sa créance.

Art. 6. — Au cas de non-paiement à l'échéance, le créancier ne peut, alors même qu'il en aurait été ainsi convenu, s'approprier le gage à titre d'indemnité.

Art. 7. — Le créancier ne peut procéder lui-même à la vente du gage, qu'avec le consentement du débiteur, en la présence de ce dernier, et après l'échéance de la dette.

Art. 8. — Si, la dette étant échue, le débiteur refuse d'autoriser la vente du gage, cette vente ne peut avoir lieu que par les soins du magistrat. Elle doit se faire aux enchères. L'adjudication ne peut avoir lieu qu'au comptant ; elle ne peut être faite qu'au profit du plus offrant et dernier enchérisseur, et pourvu que le prix offert par ce dernier soit un prix convenable. Si l'offre d'un prix convenable ne se produit pas, il doit être procédé à de nouvelles mises en vente. Le procès-verbal d'adju-

dication doit, à peine de nullité, mentionner l'accomplissement de ces différentes formalités.

Art. 9. — Les règles concernant la vente du gage s'appliquent aussi bien au cas où le gage a été confié à un tiers dépositaire, qu'à celui où il a été remis au créancier.

Art. 10. — La question de savoir si le créancier est privilégié sur le prix provenant de la vente, non seulement pour le principal de cette créance, mais aussi pour les accessoires et les intérêts échus, doit être résolue conformément aux règles du droit français.

Art. 11. — Au cas de contestation portant sur le fait même de la constitution de gage, la preuve de cette constitution ne peut, en principe, se faire que par écrit, par la représentation d'un acte dressé par le cadi, ou rédigé par toute autre personne, mais signé des parties.

Art. 12. — Si la contestation porte sur le montant de la créance garantie, c'est toujours au créancier qu'incombe le fardeau de la preuve, laquelle ne peut, en principe, se faire que par écrit.

TSENIA

Art. 1er. — La *tsenia* n'est qu'un mode particulier de *rahnia*. Toutes les règles de la *rahnia* lui sont, en principe, applicables. Il en est ainsi, notamment, de celles qui concernent la vente du bien qui a été l'objet du contrat de *tsenia*, et de celles qui se réfèrent à la preuve de ce contrat.

Art. 2. — Celui qui a acquis un bien en vertu d'un contrat de *tsenia*, peut en percevoir les fruits, en l'absence de toute clause spéciale du contrat, mais sous réserve de l'application des dispositions de l'article 2085 du Code civil.

VI

DE L'ABUS DU DROIT

VI

DE L'ABUS DU DROIT

1. — Pendant de longues années, l'on a admis sans conteste, en France, qu'en dehors des rapports contractuels ou quasi-contractuels, l'obligation de réparer le préjudice causé ne pouvait naître que d'un délit ou d'un quasi-délit. Et, au premier rang des éléments constitutifs du délit ou du quasi-délit, l'on faisait figurer le *fait illicite,* c'est-à-dire l'acte ou l'abstention contraire au droit. L'on décidait, en conséquence, qu'un acte dommageable, bien qu'accompli avec l'intention de nuire, ne pouvait servir de base à une demande en paiement de dommages et intérêts, dès l'instant où il apparaissait comme la manifestation, comme l'exercice d'un droit. *Nullus videtur dolo facere,* disait-on, *qui suo jure utitur* (1) ; — ou bien encore : *neminem lædit qui suo jure utitur.*

2. — Mais l'obligation de respecter ce principe, « héritage de la législation romaine » (2), aurait conduit fréquemment, dans la pratique, à la consécration de solutions manifestement contraires à l'équité. Aussi les tribunaux, saisis de demandes à fin d'indemnité, se laissèrent-ils aller à accorder des réparations pécuniaires à l'occasion d'actes ou d'abstentions qui n'avaient rien de contraire au droit. Ils ont, d'ailleurs, en cette matière,

(1) L. 55; Dig., L. 17.

(2) Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées,* p. 11.

« agi un peu comme le préteur romain qui commençait par appliquer le droit civil, puis, sous prétexte de le compléter ou de l'éclairer, y ajoutait quelque chose et finissait par se mettre en contradiction avec ses dispositions les plus certaines » (1). Ils se sont ingéniés, tout d'abord, à découvrir la faute et à en affirmer l'existence dans des hypothèses où il ne semblait guère qu'elle existât ; puis ils ont été amenés, peu à peu, à allouer des dommages et intérêts, sous le seul prétexte de malveillance, d'absence de motifs légitimes ou de défaut d'intérêt, en acceptant de se placer dans un ordre d'idées tout différent de celui que vise l'article 1382 du code civil, — sans faire intervenir, désormais, la notion de faute et tout en reconnaissant, plus ou moins explicitement, que l'auteur du dommage avait fait ce qu'en principe et en toutes autres circonstances, il aurait eu le droit de faire. Ils sont, ainsi, arrivés à décider qu'un acte, qui paraît n'être que la manifestation d'un droit, peut très bien n'en être que l'exercice abusif et donner lieu à réparation pécuniaire, — à condamner ce que l'on nomme l'*abus du droit*.

3. — La doctrine s'est, d'ailleurs, engagée dans cette voie, à la suite de la jurisprudence. Certains auteurs, en effet, ont admis que tout acte constituant l'usage d'un droit n'était pas nécessairement licite, et, qu'accompli dans certaines circonstances, il n'était plus qu'un abus du droit et ne devait plus être toléré. Ils se sont efforcés de démontrer que cette manière de voir avait été implicitement consacrée par le code civil, et de préciser les faits : intention de nuire, absence d'intérêt, exercice du droit contrairement à sa destination économique ou sociale, imprudence ou négligence dans l'exercice du droit, — qui, dans l'opinion de chacun, constituent les éléments essentiels, les caractères distinctifs de l'abus du droit (2).

---

(1) Salanson, *De l'abus du droit*, thèse pour le doctorat, Paris, 1903, p. 15. — Cf. Desserteaux, *Abus du droit ou conflit de droits ;* Rev. trim. de droit civil, 1906, p. 119 et suiv.

(2) Salanson, *op. cit.*, p. 81 et suiv.

Il en est d'autres, tels que MM. Esmein (1) et Planiol (2), qui, non sans raison, croyons-nous, considèrent que, dans l'état actuel de notre législation, lorsqu'un acte est, en principe, licite et n'est que l'exercice d'un droit, il n'emporte pas la responsabilité de son auteur, alors même que celui-ci aurait agi méchamment, ou sans pouvoir justifier d'un intérêt matériel ou moral. Mais, il est juste de reconnaître, cependant, que les savants jurisconsultes admettent que, la plupart du temps, les droits ne sont pas absolus et illimités, — et qu'ils ont une tendance manifeste à multiplier les limites au delà desquelles l'exercice du droit cesse d'être licite, parce que le droit n'existe plus ; si bien qu'ils s'approprient nombre de solutions consacrées par la jurisprudence, en vertu de la théorie de l'abus du droit, et, ainsi, « s'associent, en fait, aux tendances des tribunaux » (3).

4. — Il est à remarquer, enfin, que cette idée traditionnelle que, du préjudice causé par l'exercice d'un droit, ne saurait naître l'obligation de le réparer, a été répudiée par un certain nombre de lois postérieures au code civil, et, notamment, par la loi du 27 décembre 1890, qui a modifié l'article 1780 code civil, relatif au louage de services, et qui, tout en maintenant le principe, dans le cas de louage conclu pour un laps de temps indéterminé, de la constante faculté de résiliation pour les deux parties, accorde des dommages et intérêts à l'ouvrier congédié sans motifs, ainsi qu'au patron abandonné sans raison par l'ouvrier. — Cette idée traditionnelle a été répudiée également par le code civil allemand, dont l'article 226 porte que : « l'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui » (4).

---

(1) Note dans Sirey, 1898, 1, 17.

(2) *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 270 et suiv.

(3) Salanson, *op. cit.*, p. 74.

(4) Code civil allemand, publié par le Comité de législation étrangère institué près le ministère de la justice, avec le concours de la Société de législation comparée. — V., en outre, l'art. 2, al. 2, du code civil suisse. — Sur l'abus du droit en législation comparée, voy. Josserand, *De l'abus des droits*, p. 7 et suiv.

5. — Et l'on est, dès lors, en droit de dire que, aussi bien en législation que dans la doctrine ou la jurisprudence, le triomphe de la théorie de l'abus du droit tend à s'affirmer de plus en plus.

Au reste, c'est là une tendance que nous n'avons nullement l'intention d'apprécier ou de discuter. Et, si nous avons cru devoir relater très sommairement l'évolution qui s'est produite en la matière, et montrer comment s'est élaborée cette théorie de l'abus du droit, c'est uniquement parce que nous y avons vu l'occasion d'un rapprochement intéressant entre la loi musulmane et les législations modernes. Cette théorie de l'abus du droit, la loi musulmane, en effet, la consacre ; et ce sont les dispositions de la loi musulmane, sur ce point, que nous nous proposons d'étudier.

6. — Et, cependant, si l'on s'en tenait au texte de l'article 91 du code civil ottoman, on serait tenté de croire que cette théorie de l'abus du droit, le législateur musulman, loin de se l'approprier, l'a, au contraire, formellement condamnée. Car, cet article 91 dispose que : « nul n'est tenu du préjudice qu'il a causé à autrui dans l'exercice de son droit. — Ainsi, celui qui a fait creuser un puits dans son propre champ, n'est pas tenu de dommages-intérêts si l'animal d'autrui tombe dans le puits et y périt » (1).

Mais, si l'on songe que ce code civil ottoman est un code hanéfite ; — qu'il a été rédigé à une époque récente, puisque quarante années, à peine, se sont écoulées depuis la promulgation de ses premiers livres ; — que le principe formulé dans son article 91 aboutit à des conséquences que n'ont pas admises les autres Écoles orthodoxes, l'École malékite notamment ; — que, contrairement, enfin, à ce que décide cet article 91, Abou Hanifah, le fondateur du rite hanéfite, pose en principe que celui qui creuse un puits devant sa demeure, et ne le couvre pas, est

(1) Nicolaïdès, *Législation ottomane*, t. VI, p. 34. — V., en outre, art. 924 du même code, *eod. loc.*, p. 277.

responsable des accidents qu'il peut provoquer (1) ; que le jurisconsulte Hamaoui enseigne que : « nul ne peut faire usage de son droit, de manière à causer à autrui un dommage évident » (2), c'est-à-dire sciemment, avec l'intention de nuire, — on est nécessairement amené à cette conclusion que la règle posée dans l'article 91 du code civil ottoman doit être considérée comme l'expression, non de la doctrine musulmane traditionnelle, mais d'une opinion personnelle aux rédacteurs de ce texte.

Il semble bien, en effet, que les docteurs musulmans, à quelque École qu'ils appartiennent, aient refusé d'admettre que celui qui ne fait qu'user de son droit puisse, impunément, causer à autrui un dommage, car, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles ils accordent une réparation, à l'occasion d'actes ou d'abstentions qui semblent bien n'être que la manifestation d'un droit, alors donc qu'il y a simplement ce que nous appelons *abus* d'un droit.

Ce sont ces différentes hypothèses que nous nous proposons de signaler. Après quoi, nous nous demanderons si, des considérations qui, dans chaque cas, motivent la solution adoptée, il n'est pas possible de dégager un principe général auquel toutes ces solutions pourraient être rattachées, et qui aurait fourni aux jurisconsultes musulmans le critérium de l'abus du droit.

7. — L'exercice d'un droit peut se manifester par l'accomplissement d'un acte, — ou consister dans une abstention, — ou se traduire, enfin, par une injonction, adressée par le titulaire du droit à une autre personne, d'avoir à accomplir tel acte déterminé ou de s'abstenir de tel autre. Or, il est, sous l'empire de la loi musulmane, des actes, des abstentions, des injonctions qui peuvent engager la responsabilité et motiver une condamnation à la réparation du préjudice causé, encore

(1) Châràni, *Balance de la loi musulmane*, trad. Perron, p. 468.

(2) Hamaoui sur Ibn Nadjim, cité par Santillana, *Avant-projet de code civil et commercial tunisien*, Avant-propos, x.

que ces actes, abstentions ou injonctions apparaissent comme l'usage d'un droit, et, pris en eux-mêmes, n'aient rien d'illicite.

8. — *Actes.* — *a*). — La loi musulmane reconnaît au père et à certaines autres personnes, dont la qualité et le nombre varient avec les rites, le droit de *djebr* ou de contrainte matrimoniale, c'est-à-dire le droit de marier l'enfant impubère, sans avoir à prendre son consentement ou à tenir compte de ses objections. Elle attribue le même droit au maître, à l'égard de ses esclaves des deux sexes.

Mais les docteurs musulmans n'admettent pas que ce droit, le père ou le maître puisse l'exercer, lorsqu'il prévoit que, du mariage projeté, peut résulter, pour l'enfant ou l'esclave, « *quelque chose ou de mal, ou de désavantageux* (1) », parce que ce ne serait point exercer ce droit *conformément à sa destination sociale,* que de l'exercer contrairement aux intérêts de l'esclave ou de l'enfant (2).

b). — Le mari peut rompre le mariage, quand bon lui semble, par la répudiation. Le mariage n'est, en effet, que la vente de la femme au mari, et, de même que l'acheteur est toujours libre de renoncer au droit de propriété que la vente lui a conféré sur la chose vendue, de même le mari a toujours la faculté de se dépouiller, quand il lui plaît, des droits et pouvoirs qui, du fait du mariage, lui appartiennent sur la personne de la femme. Et, Ibrahim Halebi constate que « la répudiation est un acte réservé au mari, *maître de rompre, à son gré,* le lien conjugal » (3).

Mais, ajoute le commentateur du jurisconsulte, « *sans des motifs graves,* nul Musulman ne peut justifier cet acte aux yeux de la religion et de la loi. S'il quitte sa femme par inconstance, il s'attire la colère divine, d'après ces paroles effrayantes de l'apôtre céleste : « Que Dieu maudisse quiconque répudie sa

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. II, p. 324 et 325.

(2) Châràni, *Balance de la loi musulmane*, trad. Perron, p. 206.

(3) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. V, p. 197.

femme par le seul motif du plaisir ! On n'est pas moins répréhensible d'abandonner sa femme dans la vue de se livrer sans partage aux exercices de piété, de la vouer à une vie purement contemplative » (1).

Ainsi, le mari, « maître de rompre, à son gré, le lien conjugal », ne peut, cependant, *sans un motif sérieux et avouable*, répudier sa femme. Et, c'est là ce qu'a reconnu la Cour d'Alger dans un arrêt du 24 octobre 1879 (2).

c). — Dans la loi musulmane, comme sous l'empire de la loi française, la propriété « est le type du droit absolu » (3). Le propriétaire peut, à son gré, user de sa chose, en jouir, en disposer ; il peut même la détruire (4). C'est ainsi que le propriétaire d'un immeuble a le droit, comme bon lui semble, d'y pratiquer des excavations, d'y élever des constructions, de l'enclore, de supprimer les constructions qui s'y trouvent. — De même, celui à qui appartient un animal ou un esclave, est libre de louer cet animal et de vendre cet esclave à qui il lui plaît.

Et cependant : 1° Celui qui creuse un puits sur son terrain, et qui commet l'*imprudence* de ne pas le couvrir, est responsable des accidents que l'existence de ce puits peut occasionner (5) ;

2° On ne peut, par des forages pratiqués dans son fonds, diminuer le débit du puits de son voisin, ni nuire à la qualité de son eau (6) ;

3° On peut empêcher un individu de bâtir sur son fonds, s'il a « *pour but de nuire aux autres sans chercher un avantage pour lui-même* » (7) ;

---

(1) Mouradja d'Ohsson, *loc. cit.*

(2) *Bul. jud. Alg.*, 1880, p. 287. — V., en outre, dans le même sens, un jugement du juge de paix de Cherchell, du 1er décembre 1903 ; *J. des trib. Alg.*, 17 février 1904.

(3) Josserand, *De l'abus des droits*, p. 19.

(4) Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, p. 53.

(5) Châràni, *op. cit.*, p. 468.

(6) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1207.

(7) Ibn Mousa, *trad. Barbier*, p. 81.

4° « L'individu qui exhausse son mur *uniquement pour priver son voisin de soleil ou lui causer un dommage quelconque, sans chercher un avantage pour lui-même,* peut en être empêché » (1) ;

5° Lorsque, dans une maison, le rez-de-chaussée et le premier étage appartiennent à des propriétaires différents, le propriétaire du premier étage ne peut accomplir de travaux, tels que exhaussement, remplacement d'une poutre par une autre plus lourde, édification d'un nouvel étage, qui seraient de nature à *préjudicier* au propriétaire du rez-de-chaussée (2) ;

6° Il est interdit au propriétaire d'un terrain d'y créer un établissement tel que tannerie, ou d'y édifier un four, si, par suite des émanations, de la fumée ou de la chaleur qui s'en dégagent, il devait en résulter un *dommage* pour les voisins. — Il en serait autrement si le préjudice causé consistait simplement dans une diminution des profits réalisés par le tanneur ou le boulanger voisin (3), vraisemblablement parce que le préjudice subi résulterait, alors, du simple fait de la concurrence économique, et non de l'usage anormal d'un droit ;

7° Le propriétaire d'un mur, qui protège la maison d'un autre individu, n'a pas le droit de le démolir, à moins qu'il n'apparaisse clairement que *son but n'est pas de nuire* à l'autre (4) ;

8° On doit s'abstenir de louer une monture à une personne connue pour sa brutalité (5), ou de vendre une esclave à un libertin qui la poussera à l'impiété ou à la débauche (6). — En d'autres termes, il n'est pas permis de *nuire sciemment*, même par des actes qui ne seraient que la manifestation du droit de propriété, à l'esclave ou à l'animal objet de ce droit.

d). — Celui à qui appartient un droit, a toujours la faculté de

---

(1) Ibn Mousa, *trad. Barbier,* p. 33.

(2) *Eod. loc.*, p. 13 et 21.

(3) Ebn Acem, *Tohfat, trad. Houdas et Martel*, vers 1466, 1467, 1468, 1471 ; — Ibn Mousa, *op. cit.*, p. 38 et 39.

(4) *Eod. loc.*, p. 44 et suiv.; — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1475 et 1476.

(5) Khalil, *trad. Perron*, t. IV, p. 584.

(6) *Eod. loc.*, t. III, p. 173.

s'adresser aux tribunaux et de leur demander d'en assurer le respect. En aucun cas, semble-t-il, on ne saurait être exposé à encourir le reproche d'avoir eu recours aux voies légales.

Et, cependant : 1° « Lorsqu'un individu revendique une chose sur laquelle il a des droits, alors qu'*il ne peut tirer aucun profit de possession*, tandis qu'*il en résultera un dommage pour la partie adverse*, il n'y a pas lieu de rendre un jugement en sa faveur » (1) ;

2° Tout communiste peut provoquer le partage ; nul, par conséquent, en droit musulman comme en droit français, n'est tenu de rester dans l'indivision (2). — Si, toutefois, le partage en nature ou la licitation devait porter *préjudice* à la majorité des communistes, et, si celui qui réclame ce partage en nature ou cette licitation, *n'avait pas un intérêt sérieux* à les provoquer, — la demande à fin de partage ou de licitation devrait être écartée. Si, par exemple, le demandeur avait toute facilité pour céder sa part indivise, isolément et sans dépréciation, et sortir ainsi de l'indivision, sans obliger les autres communistes, désireux de la maintenir, à y mettre fin, il ne devrait pas être écouté. — On devrait traiter de même celui qui est entré volontairement dans l'indivision, en se rendant acquéreur de droits indivis, et qui, parce qu'il s'en repent, voudrait obliger les autres communistes à en sortir (3) ;

3° La loi musulmane admet que l'on puisse se faire représenter dans un procès ; elle autorise le plaideur à choisir pour mandataire qui bon lui semble, et ne lui impose nullement l'obligation de faire agréer ce mandataire par l'adversaire (4). — Et, cependant, il est interdit de donner mandat à un ennemi de la partie contre laquelle on se propose d'agir en justice (5).

---

(1) Ibn Mousa, *op. cit.*, p. 9.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 955 ; — Ibrahim Halebi, *loc. cit.*, t. VI, p. 166.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 955 et 956 ; — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 972 ; — Sousse, 18 juin 1897 ; *Rev. Alg.*, 1897, 2, 488 ; — Tunis, 9 avril 1902 ; *J. Robe*, 1902, p. 348.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 675.

(5) Khalil, *trad. Perron*, IV, p. 239.

Vraisemblablement, parce que la désignation du mandataire paraît, ici, déterminée uniquement par le désir d'envenimer la querelle, et d'aggraver, pour l'adversaire, les rigueurs de la poursuite, — en un mot, par *la volonté de nuire ;*

4° Il est répréhensible d'appeler en justice un débiteur *dont la déconfiture est notoire*, dont l'on sait qu'on ne pourra rien obtenir (1), — qu'on *n'a pas*, dès lors, *un intérêt sérieux* à poursuivre.

9. — *Abstentions.* — *a*). — Il est certaines personnes, on l'a vu précédemment, qui possèdent, à l'égard de l'enfant impubère, le droit de *djebr* ou de contrainte matrimoniale. Celui à qui ce droit appartient, consent au mariage en son nom personnel et en vertu d'un pouvoir propre, — et non comme le représentant légal de l'impubère. Et, ce droit, il en use quand et comme bon lui semble. Il marie l'impubère, s'il lui plaît ; — de même qu'il est entièrement libre de s'abstenir de le faire. Le père, par exemple, a le droit, tant qu'il est investi du droit de *djebr*, de repousser toute demande en mariage concernant sa fille.

Et, cependant, on n'admet pas que ce consentement puisse être refusé sans motif sérieux. Et, « dans cette circonstance, le magistrat, après s'être assuré que le refus était *sans raison plausible*, que le mari était assorti, et que la dot constituée au profit de la jeune fille était égale à la dot coutumière, procédera lui-même et par suppléant au mariage, au nom du refusant » (2).

b). — Le propriétaire, de même qu'il use de sa chose comme bon lui semble, est libre, s'il lui plaît, de n'en point user. Le seul fait du non-usage ne compromet pas l'existence de son droit. C'est ainsi qu'il n'est pas tenu de veiller à la conservation de cette chose, d'en empêcher la destruction. Il a parfaitement le droit de la laisser dépérir :

1° Il n'en est pas moins vrai que le propriétaire d'un mur

(1) Ibn Fahroun, I, 247, cité par Santillana, *op. cit.*, X, note 10.
(2) Code du st. pers. égyptien, art. 41, al. 3.

menaçant ruine peut être mis en demeure de le consolider ou de le démolir, dès l'instant où il y a lieu de redouter que l'écroulement du mur ne *préjudicie* au voisin ou ne tue un passant (1) ;

2° De même, lorsque, dans une maison, le rez-de-chaussée et le premier étage appartiennent à des propriétaires différents, le propriétaire du rez-de-chaussée doit veiller à l'entretien de ses murs, « afin d'empêcher la ruine de l'étage au-dessus » (2) ;

3° Bien plus, certains docteurs sont d'avis que lorsque, par suite du défaut d'entretien, un mur s'est écroulé, le propriétaire de ce mur peut être obligé à le rebâtir, si l'absence de clôture doit *nuire* au voisin, et si ce dernier ne dispose pas de ressources lui permettant de se clore lui-même (3).

10. — *Injonctions ou défenses. — a).* — Le mari, par le fait de la conclusion du mariage, acquiert, sur sa femme, la puissance maritale (4). En conséquence, il peut enjoindre à la femme de se rendre à son domicile (5), — de le suivre à tel autre domicile qu'il lui plaira de choisir (6) ; — il peut lui interdire d'en sortir sans sa permission expresse (7), et fixe, à son gré, les personnes que la femme pourra recevoir et fréquenter (8).

Toutefois : 1° la femme peut refuser de se rendre au domicile du mari, lorsqu'il apparaît qu'elle ne s'y trouvera pas dans les conditions de dignité et de sécurité auxquelles elle est en droit de prétendre (9) ;

2° De même, le mari ne peut interdire arbitrairement à sa femme de recevoir ou de visiter ses enfants d'un autre lit, ses père et mère et ses parents et alliés avec lesquels le mariage lui

(1) Ibn Mousa, *op. cit.*, p. 54 et 55.
(2) *Eod. loc.*, p. 13.
(3) *Eod. loc.*, p. 46.
(4) Code du st. pers. égyptien, art. 17, al. 2.
(5) Châràni, *op. cit.*, p. 229.
(6) Ibrahim Halebi, *loc. cit.*, p. 183.
(7) *Eod. loc.*
(8) Code du st. pers. égyptien, art. 207, 2°.
(9) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, p. 200, n° 218.

est interdit. Il peut, seulement, exiger que ces visites ne soient pas trop fréquentes, et qu'elles aient lieu, s'il a des motifs plausibles de soupçon, en présence d'une personne de confiance désignée par lui (1).

b). — Enfin, le droit de propriété étant, en principe, absolu et exclusif, le propriétaire d'une chose est en droit de s'opposer à toute entreprise des tiers sur cette chose ; il peut empêcher que d'autres que lui ne s'en emparent et n'en usent. Et, s'il a bien voulu tolérer certains actes d'empiétement, il est toujours en droit de revenir sur la concession qu'il a consentie, de la rétracter et de s'opposer au renouvellement de ces actes que, pendant un certain temps, il a tolérés.

Dans de telles circonstances, le propriétaire d'un mur qui a bien voulu, à titre de simple tolérance, permettre à son voisin d'enfoncer des poutres dans ce mur, devrait, semble-t-il, toujours et à quelque moment que ce soit, pouvoir mettre le voisin en demeure de les enlever. — Les jurisconsultes musulmans n'admettent point, cependant, qu'il en ait le droit, s'il n'a *d'autre but que de nuire à son voisin.* — « Achhab et Ibn Nafa rapportent, dit El 'Otbi, que l'on consulta Malek à propos de celui qui veut retirer une permission qu'il a antérieurement donnée. — J'estime, répondit Malek, qu'il en a le droit, *s'il le fait parce qu'il a besoin de sa chose,* s'il veut, par exemple, surélever un mur, quand même cela devrait nuire au voisin ; *mais s'il agit par haine ou pour nuire,* je ne lui en accorde pas le droit. — Est-ce parce que le Prophète a dit : Ne faites aucun dommage, profitable ou non ? — *Mon avis est que l'intention de nuire détruit son droit* » (2).

11. — Ainsi, les docteurs musulmans n'admettent pas qu'on puisse impunément nuire à autrui, pour la seule raison qu'on exerce un droit dont on est titulaire.

---

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. III, p. 134 et 135 ; — Ibrahim Halebi, *loc. cit.*, t. V, p. 184 ; — Code du st. pers. égyptien, art. 215.

(2) Ibn Mousa, *op. cit.*, p. 7 et suiv.

Mais quand, pour eux, l'exercice du droit devient-il condamnable ? — Quel est, dans leur esprit, le critérium de l'abus du droit ?

Les auteurs français qui se sont efforcés de définir l'abus du droit, d'en fixer les éléments constitutifs, sont loin d'être d'accord. Pour certains, la notion de l'abus du droit ne saurait être qu'une notion d'ordre objectif ; et ce qui constituerait l'abus d'un droit, ce serait l'exercice anormal de ce droit, l'exercice de ce droit contrairement à sa destination économique ou sociale (1). — Mais, pour d'autres, l'abus du droit « est une notion d'ordre essentiellement subjectif » (2), et c'est le mobile de l'agent qui en est l'élément constitutif. C'est alors, pour certains de ceux-là, l'intention de nuire qui caractérise l'abus du droit, ou bien une erreur grossière équivalente au dol ; — pour d'autres, la preuve de l'intention de nuire ou de l'erreur grossière n'est même pas nécessaire ; il suffit qu'il y ait préjudice causé sans intérêt, sans profit. — Pour d'autres, enfin, l'absence d'intérêt n'est pas indispensable ; et il y a abus dès l'instant où il y a préjudice causé sans un intérêt sérieux et légitime (3). « Le *motif légitime !* écrit M. Josserand dans sa très remarquable étude sur *L'abus des droits*, c'est là le critérium exact, définitif, la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et que l'on retrouve, à tout propos, dans une foule d'arrêts, sous la plume des auteurs et jusque dans les textes législatifs » (4).

Or, les jurisconsultes musulmans, ainsi qu'il résulte des développements qui précèdent, justifient les solutions formulées par eux, en alléguant, tantôt le fait qu'il y a eu exercice d'un droit contrairement à sa destination, tantôt l'intention de nuire, tantôt l'imprudence, tantôt l'absence d'intérêt, tantôt l'inexistence d'un motif sérieux et avouable, tantôt, enfin, simplement,

---

(1) Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, p. 370, note 1 ; 2e éd. ; — Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 544.

(2) Josserand, *op. cit.*, p. 49.

(3) Saleilles, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 348.

(4) Saleilles, p. 57.

le préjudice causé, invoquant, alors, un hadits ainsi conçu : « Ne faites aucun dommage, qu'il vous soit profitable ou non » (1).

La vérité, c'est que les docteurs musulmans ne se sont nullement préoccupés de construire une théorie et de dégager le critérium de l'abus du droit. Ainsi qu'ils le font d'ordinaire, ils se sont placés en présence d'espèces et se sont uniquement employés à leur donner la solution que leur semblait commander l'équité, et la seule idée générale à laquelle ils obéissent est, en somme, celle-ci : « Comme chacun doit chercher à faire le bien, en vue de la récompense future, et que la bienveillance de Musulman à Musulman est d'obligation étroite, il convient que nul ne s'oppose à un acte dont l'exécution ne peut lui nuire et la non-exécution lui profiter » (2). — Mais, ce qu'il est intéressant de noter, c'est, sinon la parfaite identité, du moins la très grande analogie existant entre les solutions qu'ils formulent et les justifications qu'ils invoquent, — et les solutions et les justifications que donnent et fournissent, dans des circonstances identiques, notre doctrine et notre jurisprudence.

---

(1) Ibn Mousa, *op. cit.*, p. 6.

(2) *Eod. loc.*, p. 4.

VII

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DE LA PREUVE

VII

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DE LA PREUVE

1. — En tous pays, les dispositions législatives qui gouvernent la matière de la preuve ont un but identique : assurer la découverte de la vérité. Mais ces dispositions législatives ne sont pas les mêmes chez tous. Tous les peuples, en effet, n'admettent pas les mêmes modes de preuve, de même qu'ils n'attribuent pas tous, à un mode de preuve déterminé, une valeur, une autorité et une importance identiques, ni ne confèrent tous, au juge devant qui la preuve est faite, les mêmes pouvoirs. — D'où cela vient-il ? — De ce que les peuples diffèrent par le degré de leur civilisation et de leur instruction, par l'état de leurs mœurs et de leurs croyances, par l'étendue plus ou moins grande des garanties d'indépendance, de science et d'impartialité que présentent les juges. Comme l'a dit Merlin, « tout dépend, en cette matière, de l'opinion que chaque législateur a eue de ses sujets, et, par conséquent, les lois relatives à la forme probante des actes sont fondées sur des formes purement locales et particulières à chaque territoire » (1).

2. — C'est ainsi qu'il est des modes de preuve qui ne se conçoivent que chez un peuple ayant atteint un certain degré de civilisation. Il est évident qu'en un pays où l'écriture est inconnue ou n'est connue que d'un petit nombre, on ne saurait

(1) Merlin, *Rép.*, v° Preuve, sect. 2, p. 3.

exiger de la partie à qui incombe la charge de la preuve, qu'elle produise de ses dires une justification écrite ; la preuve par témoins apparaît, alors, en dehors de l'aveu, comme le seul moyen de preuve directe auquel il soit possible de recourir (1). Il en est fatalement de même dans une nation composée de tribus nomades ou belliqueuses ; étant donnée la difficulté que présenterait, par suite de la fréquence des déplacements ou des déprédations qui accompagnent la lutte, la conservation de titres écrits, — étant donné que les transactions sont rares, ne portent guère que sur des effets mobiliers et sont généralement suivies d'exécution immédiate, l'on ne songe point à constater ces transactions par écrit dans le but d'en assurer la preuve. Ce n'est qu'au fur et à mesure que l'instruction se généralise, que s'introduisent des goûts et des habitudes de vie sédentaire, que l'existence devient plus paisible et plus sûre, — que l'on est alors à même de sentir quels avantages il peut y avoir à dresser acte des conventions intervenues, à en constater, dans un titre durable, les différentes clauses, plutôt que s'en rapporter au souvenir des témoins, toujours moins précis et moins sûr, à mesure que le temps s'écoule, — et que s'introduit l'usage de la preuve écrite. Encore celle-ci n'est-elle, tout d'abord, « conçue qu'à la façon d'un accessoire de la preuve testimoniale, qu'elle appelle et dans quoi elle vient se fondre au premier incident qu'elle soulève » (2). A l'origine, en effet, on constate presque toujours la présence, à la rédaction de l'écrit, d'un certain nombre de témoins destinés à intervenir au procès, lorsque l'authenticité ou la véracité de l'acte vient à être contestée (3). Et ce n'est, vraisemblablement, qu'autant qu'il devient possible de s'adresser, pour la rédaction de cet écrit, à une personne revêtue d'une grande autorité de par ses fonctions ou l'ayant acquise par son caractère, que, l'acte possédant de ce chef une

---

(1) Cahuzac, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, t. I, p. 169.

(2) Declareuil, *Les preuves judiciaires dans le droit franc du Ve au VIIIe siècle ;* Nouv. Rev. hist. de droit français et étranger, 1898, p. 760.

(3) *Eod. loc.*, p. 749 ; — Khalil, *trad. Seignette*, art. 1577 ; — Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, p. 366.

plus grande autorité, l'usage de procéder ainsi se généralise, et que la preuve littérale finit par avoir une existence propre et constituer un mode de preuve directe, distinct de la preuve par témoins.

3. — D'autre part, de l'état des mœurs et des croyances de chaque peuple, dépendent la valeur respective des divers modes de preuves reçus et le rôle de chacun dans l'administration de la preuve. Car, cette valeur respective et ce rôle sont subordonnés à la force probante attribuée à chaque moyen de preuve ; or, cette force probante n'a rien d'absolu ni de définitif, et, dans une très large mesure, en chaque pays, elle varie avec l'état des croyances et des mœurs.

Le témoignage, par exemple, tire sa force probante de la valeur morale du témoin et de l'indépendance dont il jouit. Or, lorsqu'à raison de la corruption des mœurs, ou des dangers auxquels expose le témoignage en justice et contre lesquels, aux époques troublées, les témoins ne sont pas protégés, — les faux témoignages deviennent fréquents, on voit alors se restreindre le domaine d'application de la preuve testimoniale. C'est ainsi que, dans la très savante étude qu'il a publiée sur les preuves judiciaires dans le droit franc du ve au viiie siècle, M. Declareuil constate qu'à partir d'une certaine époque, l'usage de la preuve par témoins diminue de plus en plus ; et, parmi les causes qu'il attribue à cet événement, figure le nombre toujours croissant des faux témoignages. « Le soin, dit-il, que le législateur mettait à énumérer les vices habituels des témoins : *perjuratores, fallaces, pecuniarum acceptores*, dans un passage où il insistait en faveur de la preuve testimoniale, nous révèle les causes de l'éloignement des juges pour les témoignages produits devant eux » (1). Au xve siècle, il est vrai, le rôle de la preuve par témoins est encore considérable ; il est même prépondérant, car Bouteillier nous dit que « s'il advient qu'en jugement, une partie se veuille aider de lettres en preuves, et l'autre partie se

(1) Declareuil, *loc. cit.*, 1898, p. 488.

veuille aider de témoignage singulier, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les témoignages sont contraires aux lettres » (1). Mais, au XVIe siècle, une ordonnance royale consacre la maxime que : *lettres passent témoins,* et cela, dans le but « d'obvier à la multiplication des faits que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès » (2).

Il est à remarquer, toutefois, que la force probante d'un écrit dérive, soit de ce qu'il a été rédigé par une personne présentant des garanties toutes particulières d'honorabilité et de sincérité, soit de ce qu'il porte la signature de celui à qui on l'oppose, et constitue, dès lors, un aveu de sa part (3). Mais, cette force probante, l'écrit ne la possède qu'autant que son authenticité n'est pas contestée, en sorte que la preuve littérale n'a de supériorité marquée sur la preuve par témoins qu'autant que cette authenticité peut être facilement présumée, ou, tout au moins, qu'elle n'est pas facilement contestable. — Or, dans un pays où la fabrication des actes faux est chose courante, tout écrit devient suspect, et le domaine d'application de la preuve littérale est nécessairement fort restreint. En pays kabyle, par exemple, « le nombre des actes faux est très considérable. Il existe des *tolba* qui en fabriquent à première réquisition, sur du papier jauni à la fumée et à l'aide d'une encre composée avec des chiffons brûlés, de manière à leur donner l'apparence d'une authentique antiquité » (4). Aussi, la preuve par écrit n'est-elle pas tenue en grand honneur en Kabylie, et la preuve testimoniale y constitue-t-elle la règle (5).

De même, chez les peuples dont les croyances religieuses sont vives et ardentes, dans la vie desquels la religion tient une

---

(1) Bouteillier, *Somme rurale*, titre CVI.

(2) Ordonnance de Moulins de 1566, art. 54.

(3) Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5e édit., p. 555, n° 662.

(4) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 366.

(5) *Eod. loc.*, et p. 368.

place considérable, chez lesquels la loi civile ne se distingue pas très nettement de la loi religieuse, la preuve par le serment est des plus concluantes, car le faux serment apparaît comme un acte d'une gravité extrême, qui expose, non seulement à des peines temporelles très sévères, mais aussi à la vengeance divine, plus redoutée encore. Il y a, dès lors, de grandes chances pour que celui qui se soumet à la prestation d'un serment dise la vérité, et, tout naturellement, à raison de son caractère concluant, la preuve par le serment acquiert, dans les procès, une importance capitale. L'on use et l'on abuse du serment dans notre ancienne France. « Les hommes, dit M. Declareuil, n'attendaient pas que les juges leur ordonnassent d'aller jurer, ils y venaient d'eux-mêmes, en dehors de toute instance judiciaire ; dès qu'un bruit fâcheux courait sur leur compte, ils venaient demander aux saints un certificat de bonne vie et mœurs que ceux-ci leur délivraient, en acceptant leur serment sans colère.... Les parties s'en référaient au serment transactionnel presque aussi souvent qu'au serment judiciaire..... L'Église elle-même acceptait, devant ses juridictions, qu'on s'innocentât en jurant que l'accusation était fausse. Aucun obstacle n'empêchait donc que le serment n'envahît les prétoires..... Aussi, ne faut-il pas s'étonner si l'abus de cette procédure se répandit tant et si bien que l'autorité royale, chez les Francs comme chez les Burgondes, dut réagir dès le VIe ou le VIIe siècle » (1). L'usage de la preuve par le serment devient alors tellement fréquent, qu'on a pu prétendre que cette preuve n'avait point, à cette époque, le caractère et le rôle de preuve simplement subsidiaire, intervenant simplement sur une question douteuse et quand des preuves directes n'avaient pu être administrées (2).

A l'inverse, lorsque le serment n'est plus considéré, par celui qui le prête, comme l'attestation de la divinité à l'appui de ses prétentions (3), lorsqu'il n'apparaît à ce dernier que comme une

(1) Declareuil, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1899, p. 100 et 101.
(2) *Eod. loc.*, p. 107 à 109.
(3) Bonnier, *op. cit.*, p. 359, n° 406.

affirmation plus solennelle de ses prétentions, la prestation d'un faux serment n'a plus le même caractère de gravité. La preuve par le serment n'est plus aussi concluante, et ce n'est qu'à la dernière extrémité, et lorsque tout autre mode de preuve fait défaut, que l'on se résigne à y recourir (1).

4. — Enfin, suivant le plus ou moins d'indépendance que possède le juge chargé de dire dans quels cas la preuve peut être considérée comme faite, suivant, aussi, le plus ou moins de garanties de science, d'honorabilité et d'impartialité qu'il présente, varie l'étendue de la liberté d'appréciation qu'on lui laisse à ce point de vue.

Dans les législations modernes, le juge possède, pour l'appréciation de la preuve, des pouvoirs considérables. « En général, les lois modernes ne déterminent pas elles-mêmes l'effet probatoire du moyen de preuve fourni. La question de savoir si la vérité peut être considérée comme établie par la discussion des preuves, est abandonnée à l'appréciation du juge » (2). Et, étant donnée la façon dont s'opère le recrutement des juges, les garanties de science et d'honorabilité qui sont exigées d'eux, l'indépendance dont ils jouissent vis-à-vis du pouvoir et la sécurité qu'on leur assure, il est tout naturel qu'il en soit ainsi.

Mais, chez les peuples où la désignation des juges n'est pas entourée des mêmes garanties, où le juge n'est, quelquefois, qu'un simple arbitre choisi, comme bon leur semble, par les plaideurs, — le législateur prend soin, le plus souvent, de déterminer, par avance, la force probante de chaque mode de preuve, d'attribuer à chacun une valeur légale. Le juge n'a point, alors, à rechercher si les preuves fournies sont, ou non, concluantes; il se borne à constater si les formalités, prescrites pour l'administration de tel ou tel mode de preuve, ont ou n'ont pas été remplies. — Il est bon d'observer, d'ailleurs, que

(1) Bonnier, *op. cit.*, p. 387, n° 439 : « Serments supplétifs, dit Papon, ne sont reçus en Parlement de Paris comme chose préjudiciable au salut éternel, pour avoir connu les mœurs des hommes, par inclination du temps, dépravées jusqu'à mépriser tel sacrement en peu de chose ».

(2) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 14, n° 43.

lorsque la sécurité du juge n'est pas complètement assurée, qu'il court le risque de se voir prendre à partie et demander compte de sa sentence par un plaideur mécontent, il s'efforce lui-même, et en dehors de toute obligation légale, de restreindre encore les pouvoirs que la loi lui confère, afin de diminuer, autant que faire se peut, sa propre responsabilité. « C'est une remarque à faire que, par des voies différentes, les juges, au début de l'organisation judiciaire, évitent le plus possible de trancher eux-mêmes et directement la question pendante, et s'efforcent de faire résulter la solution de quelque incident détourné et indépendant de leur initiative personnelle. Cela est, du reste, facile à comprendre ; ce qu'ils veulent, c'est écarter la responsabilité de la sentence » (1).

5. — Or, à l'époque où s'est élaborée la législation islamique, l'art d'écrire était fort peu répandu chez les Musulmans (2) ; le Prophète, lui-même, était illettré. — D'autre part, chez les Musulmans, le droit et la religion se confondent, la loi civile ne se distingue pas de la loi religieuse, et les Musulmans sont restés profondément attachés à leur religion. — Enfin, si l'on en croyait leurs jurisconsultes, les cadis présenteraient, au point de vue de la bonne administration de la justice, les garanties les plus sérieuses. « Pour être digne de la magistrature, dit, en effet, Ibrahim Halebi, il faut professer la religion musulmane, être de condition libre, sain d'esprit, doué de piété et de probité. Il faut, encore, que le magistrat soit recommandable par ses mœurs, par sa prudence, par sa sagacité et par ses connaissances en théologie. Son érudition doit embrasser le Cour'ann, le droit et toutes les lois canoniques » (3). Mais, d'assez bonne heure, la difficulté de découvrir des cadis satisfaisant à toutes les conditions requises, fit que l'on se montra moins exigeant. C'est ainsi qu'Abou Hanifah permit d'élever aux fonctions de

(1) Declareuil, *op. cit., loc. cit.*, 1899, p. 99.

(2) Renan, *Hist. des lang. sém.*, p. 329 et 340 ; — Omar Bey Loutfy, *De l'action pénale en droit musulman*, 2e fasc., p. 3 et suiv.

(3) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. VI, p. 174

magistrat une personne n'ayant aucune autorité juridique, et M. Van den Berg constate que « c'est ainsi qu'aujourd'hui l'on procède dans la plupart des pays musulmans, malgré la prescription contraire du Prophète » (1). D'autre part, les fonctions du cadi sont gratuites ; le Souverain, qui le désigne, ne se préoccupe nullement de lui assurer une existence convenable et indépendante, et les magistrats ont alors accepté des justiciables ce que le Sultan s'abstenait de leur donner ; de là, la réputation de vénalité qui s'est, en tout pays musulman, attachée à la justice (2). En sorte que l'on ne peut dire que le choix des magistrats s'y opère dans des conditions qui assurent aux justiciables toutes les garanties auxquelles ils sont en droit de prétendre.

La seule constatation de ces faits, étant données les considérations qui précèdent, nous autoriserait à penser que, chez les Musulmans, le rôle de la preuve testimoniale doit être considérable et celui de la preuve écrite tout à fait effacé ; — que la preuve par le serment doit y avoir une grande importance ; — enfin, que les pouvoirs du juge, dans l'appréciation de la preuve, doivent être assez limités. Or, ces conclusions sont pleinement confirmées par l'étude des textes. De leur lecture, en effet, se dégage un certain nombre d'idées fondamentales, qui dominent toute la matière de la preuve et que l'on peut formuler de la manière suivante : *a) La preuve testimoniale constitue la preuve par excellence ; elle est recevable en toute matière et quelles que soient la nature et l'importance des intérêts en jeu ; elle est, en dehors de l'aveu, la seule preuve directe, admise par la loi musulmane, qui fasse « preuve juridique complète »* (3) ; — *b) La prestation de serment est fréquemment requise par la loi musulmane ; elle l'est même en des matières où les législations*

---

(1) Van den Berg, *Principes du droit musulman,* traduction de France de Tersant et Damiens, p. 207.

(2) *Eod. loc.*, p. 208.

(3) Telle est la façon dont s'expriment les jurisconsultes musulmans. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 1563 ; — Ebn Acem, *Tohfat*, *trad. Houdas et Martel*, vers 138.

modernes ne l'autorisent plus ; — c) La loi musulmane détermine les conditions auxquelles la preuve peut et doit être considérée comme faite ; le juge ne possède, à ce point de vue, que des pouvoirs d'appréciation extrêmement restreints.

***

6. — *La preuve testimoniale constitue la preuve par excellence ; elle est recevable en toute matière et quelles que soient la nature et l'importance des intérêts en jeu ; elle est, en dehors de l'aveu, la seule preuve directe, admise par la loi musulmane, qui fasse preuve juridique complète.* — « C'est au demandeur, dit Ebn Acem, à faire la preuve (par témoins) : telle est la règle générale. Quand le demandeur ne peut prouver ce qu'il avance, le serment est déféré au défendeur » (1). Et Ibrahim Halebi déclare qu' « après l'exposé du plaignant, le magistrat interrogera la partie adverse sur la vérité du fait. Si sa réponse est affirmative, elle décide le jugement ; si elle est négative, le demandeur est obligé de constater son droit par la preuve testimoniale ; s'il s'en acquitte, il a gain de cause ; et s'il est dans l'impuissance de produire des témoins, il a toujours le droit d'exiger du défendeur qu'il appuie sa dénégation par le serment » (2).

Voilà qui permet d'affirmer très nettement : *a)* Qu'au cas de dénégation du défendeur, la preuve doit, en principe, être faite contre lui par témoins, et sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la nature de l'affaire, non plus que de l'importance du litige ; — *b)* Que la preuve directe ne peut être faite que par témoins, puisque, dès l'instant où le demandeur n'a pas produit de témoignages, il n'a plus qu'une ressource : déférer le serment au défendeur. Or, la preuve par le serment ne saurait être considérée comme un mode de preuve directe ; car, le refus, de la

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 24 et 25, et note 12.

(2) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 195 et 196.

part du défendeur, de prêter le serment à lui déféré, n'implique pas nécessairement le bien fondé des prétentions du demandeur (1). La preuve testimoniale est donc bien, en dehors de l'aveu, la seule preuve directe admise par le droit musulman.

7. — La preuve par écrit qui, dans les législations modernes, se place, avec la preuve par témoins, dans la catégorie des preuves directes, qui souvent y occupe une place prépondérante et se trouve être la seule qui soit admise en toute matière et de quelque intérêt qu'il s'agisse, — est-elle donc inconnue de la législation musulmane ? — Non, mais les jurisconsultes musulmans n'ont jamais admis que l'écrit pût faire preuve par lui-même, et toujours ils ont exigé que la preuve qui se dégage de l'écrit, fût confirmée par le témoignage.

Ce n'est pas qu'ils aient méconnu l'intérêt qu'il pouvait y avoir, pour les parties, à dresser acte des conventions intervenues entre elles. Le Prophète, lui-même, avait recommandé cette pratique. Le verset 282 du chapitre II du Coran est, en effet, ainsi conçu : « O Croyants ! lorsque vous vous obligerez à payer une dette au terme prescrit, qu'un scribe en fasse fidèlement l'obligation. Qu'il écrive comme Dieu le lui a enseigné ; qu'il écrive et que le débiteur dicte ; qu'il craigne le Seigneur, et ne retranche aucun article de la dette. Si le débiteur était ignorant, malade ou hors d'état de dicter, que son procureur le fasse pour lui, suivant les règles de la justice. Qu'on appelle pour témoins deux hommes, ou, au défaut de l'un d'eux, deux femmes choisies à votre gré. Si l'une d'elles se trompait par oubli, l'autre pourrait lui rappeler la vérité. Que les témoins portent témoignage toutes les fois qu'ils en seront requis. Qu'on écrive en entier la dette, grande ou petite, jusqu'au terme de la liquidation. Cette précaution est plus juste devant Dieu, plus sûre pour les témoins, et plus propre à ôter tous les doutes. Si

(1) Le défendeur peut, en effet, parfaitement croire à l'injustice de la réclamation du demandeur, et, cependant, se refuser à prêter serment, parce qu'il n'a pas, sur ce point, la certitude absolue que la prestation du serment implique.

la vente se fait entre personnes présentes, et par échange, vous ne serez point obligés de l'écrire ; appelez des témoins dans vos pactes et ne faites de violence ni au scribe, ni aux témoins... » — Et certains auteurs ont conclu de ce texte que le Coran tenait la preuve littérale pour bien supérieure à toutes les autres (1).

Mais telle n'est point la portée qu'ont attribuée à ce passage du livre sacré les jurisconsultes musulmans. Pour la plupart, ils ont considéré que la rédaction d'un écrit, préconisée par le Prophète, n'avait nullement pour but la substitution de la preuve écrite à la preuve testimoniale, — que la représentation d'un titre ne dispensait nullement de la production de témoins, — et que l'écrit n'avait d'autre utilité que de constituer un document où les témoins pourraient aller rafraîchir leurs souvenirs, au moyen desquels ils pourraient obvier aux défaillances de leur mémoire (2).

8. — Aussi, les premiers docteurs musulmans ne rangent-ils pas la preuve écrite au nombre des moyens légaux de preuve ; ils n'en parlent même pas (3). Par la suite, il est vrai, la connaissance de l'écriture devenant plus répandue, les rapports économiques se multipliant, les relations civiles et commerciales devenant plus compliquées, l'usage s'introduisit de constater par écrit les conventions intervenues et de produire en justice les actes dressés à cet effet. Mais, jamais, les jurisconsultes musulmans ne sont allés jusqu'à voir, dans la preuve littérale, une preuve directe, se suffisant à elle-même, entièrement indépendante de la preuve par témoins.

Chez les Malékites, par exemple, un acte sous seing privé n'a force probante qu'autant que son authenticité est admise par celui dont on prétend qu'il émane, — ou affirmée par deux témoins (4). Et, c'est à celui qui se prévaut de cet acte à faire la

---

(1) Sautayra et Cherbonneau, *Statut personnel et successions*, t. I, p. 159, n° 161.

(2) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 7.

(3) Van den Berg, *op. cit.*, p. 214.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1495 et 1577.

preuve de son authenticité. La preuve n'est donc pas considérée comme faite, dès l'instant où il y a eu production d'un titre. Le demandeur n'est point considéré comme ayant démontré le bien fondé de ses prétentions, par cela seul qu'il a produit, à leur appui, un acte qui en implique la reconnaissance et qui est signé du défendeur. Ce n'est qu'autant qu'il a établi l'authenticité de cet acte, que la preuve peut être considérée comme faite ; et cette authenticité, elle ne peut être établie que par la reconnaissance verbale du défendeur ou les déclarations de deux témoins. Si bien, qu'en réalité, c'est de ces dépositions ou de cette reconnaissance que le titre tire toute sa force probante, — et que la représentation de ce titre n'apparaît jamais que comme le préliminaire de l'aveu du défendeur ou de la production des témoins.

Et, il en est ainsi, même des actes dressés par les cadis, même de ceux qui relatent leurs jugements. La notion de l'acte authentique est, en effet, restée complètement étrangère au droit musulman (1). « Tout jugement, dit Khalil, certifié par les deux témoins instrumentaires, est exécutoire, nonobstant dénégation ou oubli de la part du juge. — Tout juge, agissant dans son ressort, peut commettre verbalement et en toute matière, par l'entremise de deux témoins, le juge d'un autre ressort pour l'exécution d'un jugement ou l'achèvement d'une procédure. — S'il y a contradiction entre l'écrit du juge commettant et le dire des témoins chargés de le transmettre, le juge commis se basera de préférence sur la déclaration verbale de ceux-ci. — L'écrit devra préférablement être fermé et cacheté ; mais *il n'a par lui-même aucune force probante.* — Il sera remis et certifié authentique par les témoins chargés de le transmettre, même entre les mains d'un autre juge que celui nominalement désigné. — Il acquiert toute force probante, dès lors que le juge commettant a requis les deux témoins de déclarer que le contenu est un jugement rendu par lui ou un écrit de sa main » (2). —

(1) Van den Berg, *op. cit.*, p. 214.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1489 à 1494.

Ainsi, l'acte rédigé par un cadi n'a pas, par lui-même, force probante ; cette force probante, il ne l'acquiert que lorsque son authenticité a été affirmée par deux témoins (1); et, même alors, s'il y a contradiction entre les déclarations des témoins et les mentions de l'écrit, les déclarations des témoins l'emportent. — Que conclure de là, sinon que l'acte dressé par le magistrat n'est point autrement traité que l'acte sous signature privée, et qu'alors même qu'il s'agit d'un titre de ce genre, émanant d'une personne offrant des garanties de sincérité particulières, les docteurs de l'École malékite n'ont point admis que la preuve juridique complète pût résulter de sa seule représentation ?

Quant aux adeptes du rite hanéfite, ils ne reconnaissent, également, force probante qu'à l'écrit dont l'authenticité a été affirmée par témoins, sans distinguer, non plus, entre l'acte sous signature privée et celui qu'a dressé le cadi (2). Ils se sont même refusés, pendant longtemps, à admettre la production en justice de titres écrits, pour cette raison « qu'une écriture ressemble à une autre et ne mérite aucune foi » (3).

***

9. — *La prestation de serment est fréquemment requise par la loi musulmane ; elle l'est même en des matières où les législations modernes ne l'autorisent plus.* — Il semble qu'il y ait, chez les

(1) La façon dont sont rédigés les jugements des magistrats musulmans est, à ce point de vue, particulièrement instructive : le cadi requiert toujours ses assesseurs de témoigner de la sentence qu'il va rendre. — V. Zeys et Sidi Saïd, *Recueil d'actes judiciaires arabes.*

(2) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 1 et suiv.

(3) Santillana, *Avant-projet de code civil et commercial tunisien,* p. 209. — Nous n'ignorons pas que des réformes ont été réalisées, en la matière, dans divers pays musulmans. Nous nous bornons à renvoyer aux renseignements donnés, sur ce point, par M. Omar Bey Loutfy (*op. cit.*, fasc. 2, p. 9 et s.), et à faire observer qu'il s'agit là de réformes opérées à une époque récente, dans des circonstances particulières, et que les décisions nouvellement arrêtées ne peuvent être considérées comme la véritable expression de la doctrine musulmane. — Cf. Code tunisien des obligations et des contrats, art. 473 et suiv.

peuples modernes, tendance à restreindre, de plus en plus, le domaine d'application de la preuve par le serment. En matière civile, par exemple, la législation française n'autorise le serment supplétoire qu'autant que la demande ou l'exception n'est pas totalement dénuée de preuves (1), et seulement au cas où la preuve testimoniale serait recevable (2) ; — alors qu'au XVIIIe siècle, l'usage en était extrêmement répandu (3). Quant au serment décisoire, s'il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception (4), la jurisprudence décide que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour écarter la délation de ce serment (5). — Or, sous l'empire de la législation musulmane, la délation de serment est possible en toute matière, dès l'instant où celle des parties à qui incombe la charge de la preuve ne fournit qu'une preuve incomplète ; — dès l'instant où, même en l'absence de tout commencement de preuve, il existe une présomption en faveur de l'une des parties, ou contre elle ; — alors même, enfin, qu'il n'y a ni présomption ni commencement de preuve. Et, non seulement la délation de serment est chose permise, mais elle est, en outre, de droit ; le juge n'a pas la faculté de l'écarter. Si le demandeur, dit, en effet, Khalil, « avait produit un témoin unique, en offrant de compléter la preuve juridique, par son propre serment, il *sera* admis à proposer ce moyen devant un second juge » (6). D'autre part, Ebn Acem déclare que « la présomption, quand elle est grave, *entraîne* le serment de la personne contre qui elle existe » (7). Quant à Ibrahim Halebi, il admet que si le demandeur « est dans l'impuissance de produire

(1) C. civ., art. 1367.

(2) Bonnier, *op. cit.*, p. 388, n° 440.

(3) *Eod. loc.*, p. 387, n° 439.

(4) C. civ., art. 1358 et 1360.

(5) Bonnier, *op. cit.*, p. 368, n° 413.

(6) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1451.

(7) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 214.

des témoins, *il a toujours le droit* d'exiger du défendeur qu'il appuie sa dénégation par le serment » (1).

10. — D'autre part, les législations modernes ont, très généralement, banni de la procédure criminelle, la preuve par le serment. C'est ainsi que, depuis longtemps, l'on n'admet plus l'accusateur à compléter, par son propre serment, une preuve incomplète. « Qu'on s'en rapporte, dit, à ce propos, M. Bonnier, à la déclaration du demandeur, en ce qui touche ses intérêts pécuniaires, cela peut être tolérable dans certaines circonstances. Mais, qu'on dispose de la vie ou de l'honneur d'un accusé, parce que le serment de l'accusateur sera venu confirmer une preuve incomplète, c'est là une pratique déplorable, et qu'il n'est pas même nécessaire d'admettre dans les pays où l'accusation est abandonnée aux particuliers. Quand des intérêts aussi sacrés sont en jeu, il importe de s'en tenir strictement à la règle : *actore non probante, reus absolvitur* » (2). — L'on n'admet pas davantage, même dans les pays où s'est conservé le système de l'accusation privée, la délation, par l'accusateur, du serment à l'accusé. Le serment décisoire implique une sorte de transaction, et l'on répugne à permettre la transaction en une matière où l'ordre public est intéressé » (3). — Enfin, l'on n'autorise plus, pour ainsi dire, l'accusé à se libérer de l'accusation portée contre lui en affirmant son innocence sous la foi du serment, par la prestation du *serment purgatoire*. On n'ose plus mettre l'accusé dans l'alternative ou d'avouer son déshonneur et de s'exposer à une peine, — ou de prêter un faux serment, car « dans une civilisation avancée, il n'est plus permis au législateur d'avoir une pareille foi en la moralité humaine » (4).

La législation musulmane, au contraire, autorise, en matière criminelle, la preuve par le serment. Chez les Musulmans du rite malékite, par exemple, lorsqu'une personne est accusée

---

(1) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 196.
(2) Bonnier, *op. cit.*, p. 391, n° 448.
(3) *Eod. loc.*, p. 382, n° 431.
(4) Bonnier, *op. cit.*, p. 393, n° 450.

d'homicide, que l'accusation n'a pu être prouvée complètement, mais que de graves présomptions de culpabilité existent, on met en demeure les parents de la victime de compléter la preuve par leur serment (1). Le serment, dit Khalil, « consiste en cinquante serments péremptoires prononcés consécutivement » (2). S'agit-il d'homicide involontaire, les cinquante serments se répartissent entre les proches parents de la victime, sans distinction de sexes, au prorata des droits de chacun dans la composition à payer par le coupable ; ils seraient, d'ailleurs, valablement prêtés par l'héritier unique du défunt, fût-il du sexe féminin, s'il n'en était point d'autre (3). S'agit-il, au contraire, d'homicide volontaire, les serments requis ne peuvent être prêtés que par des héritiers *aceb*, lesquels doivent être au nombre de deux, au moins (4). La prestation de ces cinquante serments autorise les cojurants à percevoir la composition due par le meurtrier, au cas d'homicide involontaire (5), — et, dans l'hypothèse d'un homicide volontaire, à exercer le talion (6). — Si les parents de la victime se refusent à la prestation de serment, le serment est alors déféré, au cas d'homicide involontaire, à la tribu de l'offenseur, et ceux qui le prêtent échappent alors à l'obligation de contribuer au paiement de la composition (7), — et, s'il s'agit d'homicide volontaire, à l'accusé ou aux accusés, chacun d'eux devant affirmer par cinquante serments son innocence, sous peine de se voir maintenir indéfiniment en prison (8).

La loi musulmane permet donc, à l'accusateur, de compléter

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1853 ; — Vincent, *Études sur la loi musulmane*, p. 65 et suiv.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1871.

(3) *Eod. loc.*, art. 1873.

(4) *Eod. loc.*, art. 1878 ; — Vincent, *op. cit.*, p. 67, note *a*.

(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1875.

(6) *Eod. loc.*, art. 1847. — Les cojurants sont ici des accusateurs et n'interviennent pas simplement pour certifier la bonne foi de celui qui accuse. — V., sur la preuve par le serment et les cojureurs dans notre ancien droit, Declareuil, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1899, p. 79 et suiv.

(7) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1877.

(8) *Eod. loc.*, art. 1883.

sa preuve, — à l'accusé de se soustraire à l'accusation portée contre lui, par le serment. Il est à remarquer, toutefois, que lorsqu'il s'agit d'infraction méritant un *had* (1), le refus, de la part de l'accusé, de prêter serment, ne saurait entraîner sa condamnation, et autoriserait simplement le maintien de sa détention. Les peines *hodouds* supposent, en effet, des aveux formels, et le refus de prêter serment n'implique, tout au plus, de la part de l'accusé, qu'un aveu tacite. Mais, en dehors de cette hypothèse, et alors même qu'il s'agirait de statuer sur la réparation pécuniaire du préjudice causé par une infraction méritant un *had*, l'accusé peut être condamné sur son seul refus de prêter serment (2).

Or, d'où vient que la législation musulmane ait fait à la preuve par le serment une aussi large place dans la procédure criminelle ? — Est-ce parce que la délation, par l'accusateur, du serment à l'accusé, implique l'idée d'une transaction, et que la transaction apparaît, ici, comme possible, la législation musulmane ayant maintenu le principe de l'accusation privée (3) ? — Non, puisque la délation du serment est possible, même en des hypothèses où la transaction n'est pas autorisée (4). — La vérité, c'est que le peuple musulman est éminemment religieux ; la prestation de serment lui apparaît comme un acte très important et le faux serment comme une infraction d'une gravité extrême. Il y a de grandes chances, dès lors, pour que celui qui consent à prêter le serment dise la vérité, en sorte que la preuve par le serment possède encore, chez les Musulmans, une valeur probante qu'elle n'a plus ailleurs, surtout en matière pénale. Cela est si vrai que, lorsqu'il y a quelques années, une délégation d'une *Commission sénatoriale d'étude des questions algériennes* vint enquêter en Algérie, des indigènes se plaigni-

---

(1) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 78. — Les peines *hodouds* sont celles qui ont une limite et sont prononcées par la loi pour des faits déterminés.

(2) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, p. 78 et 79.

(3) *Eod. loc.*, fasc. 1, p. 35 et suiv.

(4) V., pour les cas dans lesquels la transaction est possible, Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 63 et suiv.

rent que notre procédure criminelle, à laquelle ils sont soumis, fût une entrave à la découverte des malfaiteurs, et demandèrent que l'on autorisât le recours à la traditionnelle procédure du serment. C'est là ce que constatent, dans les termes suivants, les procès-verbaux de cette délégation : « Un cheik, au nom des individus de la commune de Jemmapes, demande, en raison des nombreux vols et de l'impuissance de la police, que le droit coutumier de déférer le serment aux divers membres d'une famille dont un indigène est accusé de vol, leur soit appliqué. — Avec le serment devant un tombeau de marabout, nous arriverons à connaître les coupables ; cet usage coutumier nous avait toujours été accordé dans la commune ancienne d'El-Arrouch » (1).

*
* *

11. — *La loi musulmane détermine les conditions auxquelles la preuve peut et doit être considérée comme faite ; le juge ne possède, à ce point de vue, que des pouvoirs d'appréciation extrêmement restreints.* — La loi musulmane, en effet, ne se borne pas, comme les législations modernes, à déterminer les moyens par lesquels la preuve pourra être faite, et d'après quelle procédure ces moyens pourront être utilisés, — à dire dans quelles circonstances tel mode de preuve est recevable, et de quelle manière il sera produit ; — elle va jusqu'à fixer la valeur probante de chaque mode de preuve.

C'est ainsi qu'après avoir posé en principe que le demandeur prouvera ses allégations par le témoignage, et précisé les conditions auxquelles doivent satisfaire les témoins, pour que leurs déclarations soient recevables en justice, elle ne laisse pas au juge le soin d'apprécier la valeur de ces déclarations. Elle dit, elle-même, dans quels cas ces déclarations pourront être tenues pour probantes. Les questions d'état, par exemple, « ne peuvent

(1) Pensa, *L'Algérie*, p. 322.

être juridiquement prouvées que par deux témoins du sexe masculin » (1). — De même, « pour tout ce qui a trait aux biens, le témoignage d'un homme peut être complété par celui de deux femmes » (2), — et « tout fait, dont la connaissance échappe aux hommes, en raison de leur sexe, peut être prouvé par le témoignage de deux femmes » (3) ; — mais « pour prouver l'adultère, il faut le témoignage de quatre hommes » (4).

12. — D'autre part, le législateur musulman ne se contente pas de dire quelle valeur le juge peut attribuer à la preuve produite, il va jusqu'à déterminer quelle valeur il devra lui donner. Il ne dit pas seulement dans quels cas le juge peut tenir la preuve pour faite, mais aussi dans quels cas il doit la considérer comme faite. Ebn Acem dit bien qu'il n'est pas permis au cadi de juger, si la solution de l'affaire ne lui apparaît pas avec évidence (5), mais il n'en est ainsi que dans les hypothèses où le cadi possède un certain pouvoir d'appréciation, une certaine liberté de décision, et, la plupart du temps, il n'a ni ce pouvoir ni cette liberté, car, le plus souvent, la loi vient lui dicter sa sentence, puisqu'elle se charge, elle-même, de résoudre, dans la plupart des cas, la question de savoir si la preuve a ou n'a pas été faite.

C'est là ce qui résulte, d'une façon non douteuse, des textes suivants que nous empruntons à Khalil : « En toute autre matière (que les questions d'état), *la preuve juridique est complète* par le témoignage, soit d'un homme et de deux femmes, soit d'un homme ou de deux femmes avec le serment du demandeur (6)... Tout fait, dont la connaissance échappe aux hommes, en raison de leur sexe, peut être prouvé par le témoignage de deux femmes. Ce genre de preuve *résout définitivement* les

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1562.
(2) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 140.
(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1564.
(4) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 139.
(5) *Eod. loc.*, vers 37.
(6) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1563, 1564, 1565, 1577, 1569, 1662, 1587.

questions d'hérédité ou de filiation, négativement ou affirmativement, sans le serment du demandeur (1)... L'aveu sous seing privé, dont l'authenticité aura été certifiée par deux témoins irréprochables, *vaudra preuve juridique complète*, sans prestation de serment par le demandeur (2)... Les preuves faites de part et d'autre seront admises ensemble à produire leur effet, en tant qu'elles ne seront point incompatibles. De deux preuves contradictoires, celle-là *sera préférée* qui établira l'origine de la propriété (3)... (Le juge) *préférera* le témoignage de deux hommes à la preuve faite par un homme et deux femmes, et celle-ci à la preuve faite par un témoignage unique avec le serment de celui qui le produit (4)... La preuve par le titre *aura plus de force probante* que celle par commune renommée » (5).

Ces citations pourraient être multipliées, mais elles suffisent à montrer, d'une façon péremptoire, que, chez les Musulmans, le juge n'a point, en principe, qualité pour statuer sur la valeur des preuves produites.

Tout pouvoir d'appréciation lui a-t-il donc été refusé ? — Le juge statue sur la moralité des témoins ; un témoin ne peut être admis à déposer en justice qu'autant qu'il est honorable, et il semble bien, qu'à ce point de vue, le cadi dispose d'une liberté d'appréciation illimitée (6). — D'autre part, si l'une des parties a produit deux témoins du sexe masculin, et l'autre un plus grand nombre, le juge est autorisé à se déterminer, non d'après le nombre, mais d'après la moralité des témoins (7). — Mais là, semble-t-il, s'arrête sa liberté d'appréciation. Les débats judiciaires sont une sorte de tournoi auquel il assiste, impassible, et dont il se bornera à enregistrer le résultat. Il n'a point à se préoccuper d'assurer le triomphe de la vérité, ni de la justice. Et, ce qui montre bien qu'il en est ainsi, c'est, tout d'abord, ce fait que « le cadi ne doit pas accepter la déclaration d'un témoin

---

(1, 2, 3, 4, 5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1563, 1564, 1565, 1577, 1569, 1662, 1587.

(6) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 42 ; — Khalil, *trad. Seignette*, art. 1487.

7) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1661.

qui n'est pas honorable, *même s'il sait qu'il dit la vérité* » (1) ; — et cet autre que, « si, pour quelque motif, un des plaideurs a été empêché de proposer ses moyens, le cadi peut, sans manquer à ses devoirs, lui venir en aide, *mais il devra alors s'abstenir de lui fournir des arguments de droit sur tout ce qui touche au procès* » (2).

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 47.

(2) *Eod. loc.*, vers 40 et 41.

VIII

L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

VIII

L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

La maxime « *res judicata pro veritate habetur* » nous est devenue si familière, et les raisons qui la justifient nous paraissent si pressantes, que l'on a quelque peine à concevoir, en législation, un système dans lequel la contestation sur laquelle aurait statué le juge pourrait toujours faire l'objet d'un débat judiciaire nouveau, et dans lequel il serait, en conséquence, possible d'éterniser indéfiniment les procès.

Aussi, l'affirmation que la législation musulmane n'a point admis le principe de l'autorité de la chose jugée, n'est-elle pas sans causer quelque surprise. Elle émane, cependant, de jurisconsultes autorisés. « Il est aujourd'hui certain, dit M. Robe, que la doctrine des docteurs musulmans n'admet pas la chose jugée avec l'autorité que nos lois lui accordent. Aussi, dans nos idées, à nous, Européens, un jugement rendu par un magistrat indigène n'a, pour ainsi dire, qu'une vertu provisoire, qu'une décision ultérieure peut toujours anéantir (1). Et, à en croire M. Zeys, « il arrive souvent que les juges français saisis d'une contestation, s'aperçoivent qu'elle a déjà reçu une solution antérieure. Ils s'étonnent de la docilité avec laquelle la partie qui avait obtenu gain de cause se soumet à un nouveau débat ; ils accusent le demandeur de mauvaise foi. Or, une pareille situation n'a rien d'anormal pour les Musulmans. Il est toujours

(1) *J. Robe*, 1862, p. 266.

permis de solliciter la revision d'une sentence... » (1). Aussi, le savant magistrat ajoute-t-il : « On ne connaît pas, en droit islamique, l'autorité de la chose jugée ; elle est remplacée par l'autorité de la chose bien jugée ; ce qui vaut mieux, peut-être » (2).

La jurisprudence est, d'ailleurs, d'accord, sur ce point, avec la doctrine. Le 9 mars 1857, la cour d'Alger déclare que : « L'autorité de la chose jugée n'existe pas en droit musulman » (3) ; — et elle juge, le 25 novembre 1862, qu' « antérieurement au décret du 1er octobre 1854, les jugements du cadi ne pouvaient acquérir l'autorité de la chose jugée, et étaient toujours susceptibles de recours... » (4).

Voilà, semble-t-il, un point hors de conteste ; la législation musulmane n'attribue pas à la sentence du juge l'autorité de la chose jugée, en ce sens, tout au moins, que la chose jugée ne l'est jamais définitivement. Toutefois, après avoir dit qu'un jugement rendu par un magistrat indigène « n'a, pour ainsi dire, qu'une vertu provisoire, qu'une décision ultérieure peut toujours anéantir », — M. Robe fait la réserve suivante : « Néanmoins, pour notre compte personnel, nous avouerons que nous ne sommes pas bien fixé sur ce point de droit musulman. Nous savons bien que c'est en vain qu'on chercherait, dans cette législation, quelque chose qui approche de notre art. 1351 C. N. ; mais si, d'un côté, nous avons, dans notre expérience, rencontré des faits nombreux propres à exclure l'idée de la chose jugée dans la jurisprudence musulmane, de l'autre, nous avons trouvé des opinions et des circonstances qui tendent à nous donner la conviction que si les jurisconsultes de l'Islam ne comprennent pas, comme nous, le caractère qui s'attache aux décisions judiciaires, néanmoins ils ne paraissent pas admettre, non plus, en principe, qu'un cadi peut juger le lendemain le contraire de ce qu'il a jugé la veille, et que le justiciable peut porter succes-

(1 et 2) Zeys et Mohammed Ould Sidi Saïd, *Recueil d'actes judiciaires arabes*, p. 112 et 113, note 200.

(3) Estoublon, *Jurispr. Alg.*, 1857, p. 11.

(4) Estoublon, *Jurispr. Alg.*, 1862, p. 51.

sivement son litige à toutes les mahakmas du pays, jusqu'à ce qu'il obtienne un jugement favorable » (1). — Or, cette défiance, à l'égard d'une opinion communément adoptée, nous a conduit à rechercher ce que celle-ci pouvait avoir de fondé, — et dans quelle mesure elle était conciliable avec les solutions fournies, en la matière, par les jurisconsultes musulmans. Et de cet examen se dégage, pour nous, l'impression que le droit musulman n'a nullement répudié le principe de l'autorité de la chose jugée. Bien au contraire, il décide qu'en règle générale, la sentence du juge ne peut être revisée. La règle, il est vrai, comporte des exceptions multiples, et peut-être est-ce le grand nombre de ces exceptions qui a fait croire à l'existence d'un principe contraire ; — mais la règle certaine, indiscutable, n'en est pas moins, croyons-nous, celle-ci : le litige tranché par une sentence ne saurait être porté à nouveau devant le juge, pas plus devant un autre juge que devant celui qui a déjà statué (2).

---

(1) *J. Robe*, 1862, p. 266.

(2) Ce qui a contribué, encore, en Algérie, à faire admettre cette idée que le droit musulman ne connaît pas le principe de l'autorité de la chose jugée, c'est ce fait que le plaideur, qui pourrait exciper de ce principe, s'abstient volontairement de le faire. Voici ce que nous disait, à ce sujet, un magistrat français de Kabylie : « Les Kabyles sont extraordinairement processifs ; ils recommencent indéfiniment les mêmes procès. Ce n'est pas que les coutumes n'admettent pas l'autorité de la chose jugée, car ils choisissent, généralement, pour recommencer le même procès, le moment où le juge qui a statué est remplacé ou suppléé. L'intérêt du perdant à agir ainsi est manifeste ; quant au gagnant, il espère gagner mieux encore son procès. A Tizi-Ouzou, pour éviter cela, chaque fois qu'une pièce est produite au cours d'un procès, le greffier y appose une mention relatant la date de la production. Si, plus tard, elle est produite à nouveau, on s'en aperçoit de suite, et on peut, en se référant au procès ancien, voir si ce n'est pas lui qui recommence ».

I

La présomption de vérité qui s'attache aux décisions judiciaires est tantôt provisoire, tantôt définitive. Et, dire que l'autorité de chose jugée qui appartient à un jugement lui est définitivement acquise, cela signifie, tout d'abord, que ce jugement ne peut être déféré à la censure d'une juridiction supérieure à celle dont il émane ; — cela veut dire, ensuite, que le magistrat qui a jugé, et tous les autres du même degré, ont le devoir, s'ils en sont requis, de se refuser à examiner une seconde fois la contestation à laquelle ce jugement a mis fin (1). — Or, il n'est pas douteux, qu'à ce double point de vue, la législation islamique n'attribue, et n'attribue d'une façon définitive, l'autorité de la chose jugée aux sentences rendues par des magistrats musulmans.

A. — C'est, en effet, au cadi qu'il appartient de rendre la justice, et au cadi seul. Il est placé à la tête d'une circonscription judiciaire, et, dans l'étendue de cette circonscription, il statue souverainement sur tous les procès portés devant lui ; ses décisions sont sans appel. — Il peut se rencontrer, toutefois, dans le même arrondissement judiciaire, plusieurs magistrats simultanément en fonctions. La plénitude de la juridiction peut avoir été concédée à chacun d'eux ; de même, aussi, chacun peut n'avoir reçu qu'une compétence particulière et limitée à certaines affaires déterminées. Mais, dans un cas comme dans l'autre, ces magistrats jouissent d'une indépendance réciproque parfaite (2).

Dans une pareille organisation judiciaire, on ne conçoit guère

---

(1) On résume quelquefois la même idée en disant que le jugement a, non seulement autorité, mais, en outre, force de chose jugée. Nous avons préféré ne pas employer cette terminologie ; elle peut, en effet, prêter à équivoque ; les mots « jugement ayant force de chose jugée » désignant, tantôt le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, tantôt celui qui n'est passible que des voies de recours extraordinaires.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1403.

que l'annulation d'un jugement puisse être obtenue autrement que par la voie de la rétractation, sollicitée du magistrat qui a statué, — ou par la voie de la revision, poursuivie devant le juge qui lui a été substitué. Car, pour modifier un jugement, il faut avoir le droit de juger le juge dont ce jugement est l'œuvre ; et, comme il n'est pas de magistrat supérieur dont le cadi soit justiciable, il n'en est point, en dehors de lui-même ou de celui qui lui a succédé dans ses prérogatives et attributions, qui puisse avoir qualité pour critiquer la décision émanée de lui.

Or, pour ce qui est de la rétractation, elle n'est autorisée que dans des cas tout à fait exceptionnels. Khalil dit bien que : « le juge qui a rendu la sentence peut seul la rétracter, lorsqu'il découvre une meilleure interprétation de la loi, ou qu'il a prononcé par erreur contrairement à sa propre interprétation, s'il est lui-même juriste, ou à la doctrine admise de son École, dans le cas contraire » (1). Mais cela n'implique nullement, chez le magistrat, un pouvoir général de rétractation. Le jurisconsulte énumère, en effet, les hypothèses dans lesquelles le juge peut réformer les décisions de son prédécesseur, et, cela fait, il ajoute que, dans certains cas, la réformation n'est pas autorisée, et que c'est alors à celui qui a jugé, seulement, qu'il appartient de rétracter sa sentence. En sorte que le texte relaté vient simplement limiter les pouvoirs de revision du magistrat, à l'égard des jugements rendus par son prédécesseur, et n'a nullement trait à la question de savoir dans quelle mesure il lui est permis de rétracter ses propres sentences. — Or, à ce dernier point de vue, le principe est celui-ci : lorsque le cadi a statué, il ne peut plus revenir sur sa décision ; il lui est interdit d'en entraver l'exécution, il ne peut s'opposer à ce que celle-ci suive son cours, et la preuve, c'est que : « tout jugement certifié par les deux témoins instrumentaires est exécutoire, nonobstant dénégation ou oubli de la part du juge » (2).

Il semble bien, d'autre part, que le juge n'ait point, toujours

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1478.

(2) *Eod. loc.*, art. 1489.

et en tout état de cause, le droit de reviser, et, le cas échéant, de réformer les décisions de son prédécesseur. Voici, en effet, comment s'exprime Khalil sur ce point : « Tout jugement peut être réformé pour cause d'iniquité ou d'ignorance du juge qui l'a rendu, s'il n'a pris l'avis d'aucun jurisconsulte. Dans le cas contraire, son successeur devra se borner à reviser le jugement, de point en point, et à réformer ce qui est contraire au droit, tout en maintenant le reste. — Le jugement rendu par un juge notoirement capable et irréprochable, ne pourra être revisé d'office par son successeur. Néanmoins, tout jugement devra être réformé, en précisant les motifs de l'annulation, lorsqu'il contient une violation manifeste d'un texte de loi universellement admis, ou une fausse application de la loi, eu égard à la jurisprudence constante » (1). — En somme, Khalil prend soin de déterminer, de préciser, et par là même de limiter les hypothèses dans lesquelles un cadi peut reviser les sentences du juge auquel il a succédé ; ce qui autorise à penser, qu'en dehors de ces hypothèses, il n'est point de revision possible. C'est ainsi que le jugement émanant d'un magistrat capable et irréprochable, ne saurait être revisé et réformé pour cause d'erreur de fait ou fausse interprétation des faits. Le texte de Khalil s'y opposerait formellement.

Au reste, les docteurs de l'École hanéfite sont encore plus catégoriques, sur ces divers points, que ne l'a été le grand jurisconsulte du rite malékite. « Le magistrat, lui-même, dit Ibrahim Halebi, n'a pas le droit de se rétracter de son jugement, de casser l'arrêt prononcé par sa bouche » (2). Et le même auteur pose en principe que « les arrêts d'un magistrat, au civil comme au criminel, sont irrévocables et sans appel » (3) ; et il ne peut être, suivant lui, dérogé à ce principe, que lorsqu'un arrêt « est évidemment contraire aux formes prescrites, aux dispositions invariables de la loi » (4). Donc, pour les Hanéfites, pas de

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1468 à 1471. — V., en outre, Ibn Farhoûn, *Tabcirat el-hakâm*, p. 55, 58 et 63 de l'éd. de Boulak.

(2, 3 et 4) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. VI, p. 205 à 208.

rétractation possible de la part du juge qui a statué ; et point d'appel non plus, car, « en cas d'appel à un autre magistrat, celui-ci ne peut pas revoir le procès ; il doit, au contraire, en confirmer le jugement par sa signature ou par son cachet » (1).

B. — Mais, dire que l'autorité de la chose jugée s'attache à une décision judiciaire, cela ne signifie pas simplement qu'il n'est pas, contre cette décision, de voie de recours, cela veut dire encore que si, par la suite, celle des parties qui a perdu son procès veut le reprendre à nouveau, tout comme s'il n'avait pas reçu de solution et en faisant abstraction du jugement intervenu, — soit devant le même magistrat, soit devant un autre du même degré, — le juge doit, sur la réquisition de l'autre partie, écarter toute discussion.

On fait observer, il est vrai, que souvent il arrive que des magistrats français, statuant en matière musulmane, sont saisis d'une contestation déjà réglée par un jugement, sans que, cependant, se fasse entendre une protestation de la part de celle des parties qui a obtenu gain de cause (2), — et l'on en conclut que le droit musulman n'attribue pas, à la sentence du juge, l'autorité de la chose jugée. — La conclusion ne s'impose nullement. En France, aussi, il peut arriver qu'un litige sur la solution duquel est intervenu un jugement soit, à nouveau, porté devant un tribunal, — et les juges saisis devront statuer, alors même qu'ils connaîtraient l'existence du jugement antérieur, car ils ne peuvent suppléer d'office l'exception tirée de la chose jugée (3). Et jamais, cependant, on n'a soutenu que le droit français refusât, aux jugements émanant de nos magistrats, l'autorité de la chose jugée.

Or, nous prétendons qu'en droit musulman, comme en droit français, le juge qui a été sollicité d'écarter tout débat, par ce motif qu'il y a chose jugée, et qui reconnaît l'exactitude de cette affirmation, — doit se refuser à examiner le litige qui lui est

(1) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. VI, p. 205 à 208.
(2) Zeys et Mohammed Ould Sidi Saïd, *op. cit.*, p. 112, note 200.
(3) Alger, 1er mai 1879 ; *Bul. jud. Alg.*, 1880, p. 51.

soumis. Et ici, encore, nous pouvons appuyer notre manière de voir sur des textes. « L'interprétation judiciaire tranche toute contestation quant à l'affaire jugée » (1), dit Khalil. Donc, une fois le jugement rendu et s'agissant des points sur lesquels il s'est prononcé, la contestation est éteinte ; tout est fini. De là résulte que celui au détriment duquel est intervenue une décision de justice, ne peut solliciter une sentence nouvelle, car il est inadmissible que l'on puisse saisir un juge d'un litige qui n'existe plus. Aussi, en pareille occurrence, les magistrats indigènes se bornent-ils à confirmer, purement et simplement, la décision antérieure, et cela, alors même qu'elle émanerait d'un juge appartenant à une École différente (2). Et, si un juge hanéfite, par exemple, ne peut examiner une contestation, lorsqu'on lui objecte qu'elle a été déjà résolue par un magistrat malékite, — *a fortiori*, il y a lieu d'interdire à ce juge hanéfite d'examiner un procès sur lequel aurait déjà statué un magistrat de la même École. Les contrariétés de jugements, en effet, sont moins regrettables, moins choquantes, lorsqu'elles se produisent entre jugements émanant de juges appartenant à des Écoles différentes, que lorsqu'elles apparaissent entre jugements rendus par des magistrats du même rite.

Au reste, comment concilier cette prétendue règle que le procès tranché par un jugement peut toujours être repris, avec cette autre règle, des plus certaines, que le magistrat qui a jugé doit assurer l'exécution de sa sentence et peut mettre en demeure tout autre magistrat, même d'un ressort autre que le sien, de prêter la main à cette exécution ? Dès l'instant où il en est requis, le juge est tenu de faire exécuter le jugement rendu par lui. « Tout jugement certifié par les deux témoins instrumentaires est exécutoire, nonobstant dénégation ou oubli de la part du juge » (3), dit Khalil, en un passage que M. Perron a traduit de la manière suivante : « Lorsque deux témoins certi-

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1479 ; — Derdir, *Akrab el-mesâlik*, II, 212.

(2) Zeys et Mohammed Ould Sidi Saïd, *op. cit.*, p. 109 à 111. — Cf. *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi*, p. 9.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1489.

fient testimonialement que tel jugement a été prononcé par le kadi, et que celui-ci prétend ne pas se le rappeler ou ne l'avoir pas prononcé, ce kadi doit donner cours » (1). Et Ibrahim Halebi déclare que « tout jugement doit être exécuté sans opposition, surtout lorsque le magistrat qui l'a prononcé est reconnu pour un homme éclairé et vertueux » (2). Or, de la part d'un magistrat, ce serait, incontestablement, entraver l'exécution de la sentence qu'il a prononcée, que de permettre, en dépit des protestations de celle des parties qui a obtenu gain de cause, le renouvellement d'un procès sur lequel il a statué. Le but poursuivi par le demandeur, dans la nouvelle instance, n'est-il pas, en effet, le suivant : obtenir une décision qui permette d'effacer les conséquences d'un jugement antérieur, si celui-ci a été exécuté, — ou de paralyser l'exécution de ce jugement, au cas où celle-ci n'aurait pas encore eu lieu ?

De même et pour le même motif, le magistrat qui consentirait à examiner un litige déjà résolu par un juge d'un ressort différent, bien que le défendeur eût excipé de la chose jugée, apporterait une entrave à l'exécution d'une décision judiciaire ; et c'est là chose à lui interdite, alors même que cette décision aurait été rendue en dehors de son ressort, puisqu'il a le devoir, lorsqu'il en est régulièrement requis, de faire respecter cette décision. « Tout juge agissant dans son ressort, est-il dit, en effet, au *Précis de Jurisprudence* de Khalil, peut commettre verbalement et en toute matière, par l'entremise de deux témoins, le juge d'un autre ressort pour l'exécution d'un jugement ou l'achèvement d'une procédure.... Le juge commis, ou, en cas de son changement de résidence, le juge qui en sera légalement requis, fera exécuter le jugement, voire même appliquer la peine criminelle, ou continuer la procédure, en tenant pour constants les faits énoncés dans l'acte, s'il reconnaît que le juge commettant avait qualité, ou que le jugement ou l'acte soient émanés du juge d'un chef-lieu de province... » (3). Le texte,

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 181.
(2) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. vi, p. 206.
(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1490 et 1497.

il est vrai, prévoit uniquement le cas où la réquisition à fin d'exécution émane d'un magistrat; il n'envisage pas l'hypothèse où c'est un simple particulier qui, excipant de la chose jugée dans un autre ressort, solliciterait, lui-même, le juge d'assurer l'exécution de cette chose jugée, par le rejet de la demande formulée devant lui. Mais, à supposer que la législation musulmane ne tienne pas pour valable, dans l'espèce, la réquisition émanée d'un simple particulier, — rien ne s'opposerait à ce que ce simple particulier provoquât l'intervention du magistrat qui a statué déjà, ou de son remplaçant. Le juge qui a statué est, on l'a vu plus haut, obligé d'assurer l'exécution de sa sentence; or, le meilleur moyen de pourvoir à cette exécution, n'est-ce pas de faire en sorte que les questions tranchées par cette sentence ne puissent être discutées à nouveau?

Nous nous croyons donc autorisé à affirmer, qu'étant donnés les principes consacrés, en la matière, par la législation musulmane, un jugement ne peut être rendu sur un litige déjà terminé par une décision judiciaire, qu'autant que les parties intéressées ne se prévalent pas de la chose jugée, — ou que le juge saisi se laisse aller à commettre un excès de pouvoir. C'est là, du reste, ce que confirme le témoignage de Mouradja d'Ohsson : « La loi n'admet point d'appel ; cependant, un plaideur qui a perdu sa cause trouve souvent le moyen de la reproduire devant un autre tribunal, sous une forme différente. Mais, il n'y a guère que les Caziaskers qui s'arrogent ce droit de révision ; et ils disent, en pareil cas, que la porte de la justice doit toujours rester ouverte à ceux qui réclament l'assistance de la loi » (1).

---

(1) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 208. — Ebn Acem dit, il est vrai, que : « la partie gagnante peut prier le cadi de déclarer, en prononçant le jugement, que l'adversaire ne pourra plus présenter aucun argument à l'avenir, ni revenir sur ce qui est jugé » (Tohfat, *trad. Houdas et Martel*, n° 98). Mais, ainsi que le font observer les traducteurs de la Tohfat, ce texte vise une hypothèse toute particulière, celle où l'une des parties ayant obtenu un délai pour produire ses moyens de preuve, le délai aurait pris fin sans que les preuves eussent été fournies. Et la question qu'examine alors le jurisconsulte n'est nullement celle de l'autorité des décisions judiciaires, mais celle de savoir si la seule expiration du délai s'oppose à ce que la preuve

II

D'où vient, alors, que l'on ait été amené à contester l'existence, en législation musulmane, du principe de l'autorité de la chose jugée ? — De ce que, ainsi qu'il a été dit plus haut (1), les Musulmans sont éminemment processifs, et, vraisemblablement, aussi, de ce qu'en un assez grand nombre d'hypothèses, et cela à quelque époque que ce soit, il est possible de revenir sur la chose jugée ; — et l'on a pris, alors, l'exception pour la règle. Il est à remarquer, d'ailleurs, que, si larges que soient les formules employées par les jurisconsultes musulmans, ceux-ci n'admettent guère de recours contre les jugements que dans les principales hypothèses où, en droit français, le pourvoi en cassation serait possible : — lorsqu'il y a violation des formes prescrites, violation ou fausse application de la loi.

Qu'on lise, en effet, les passages que Khalil a consacrés à la matière de la réformation des jugements, l'impression qui se dégage de cette lecture est celle-ci : un jugement ne peut être réformé que « lorsqu'il contient une *violation manifeste d'un texte de loi universellement admis, ou une fausse application de la loi,* eu égard à la jurisprudence constante » (2). Quant à Ibrahim Halebi, il déclare qu' « un arrêt de justice *ne peut être cassé que lorsqu'il est évidemment contraire aux formes prescrites, aux dispositions invariables de la loi...* » (3). Or, ces textes, empruntés à deux grands jurisconsultes appartenant à des rites orthodoxes différents, ne rappellent-ils pas de très près les termes du décret des 27 novembre-1er décembre 1790, dont l'art. 3 porte que le tribunal « annulera toutes procédures

---

puisse être ultérieurement administrée. On ne saurait donc argumenter de cette décision d'espèce, pour soutenir, qu'en principe et en l'absence d'une déclaration spéciale du cadi s'y opposant, il est toujours possible de rouvrir à nouveau le débat sur lequel un jugement est intervenu.

(1) V. *suprà*, p. 339, note 2.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1471.

(3) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 208.

dans lesquelles *les formes auront été violées*, et tout jugement qui contiendra *une contravention expresse au texte de la loi* » ; — et n'obligeraient-ils pas le magistrat saisi d'un litige déjà tranché par un jugement, et auquel on demanderait de ne pas tenir compte de ce dernier ou de le réformer, — à maintenir, à confirmer ce jugement s'il était entaché d'une simple erreur de fait, ou si l'on ne pouvait reprocher à celui qui l'a rendu qu'une fausse interprétation des faits ? Le *Moulteka el-Ebhor* se prononce, du reste, formellement en ce sens : « Tout jugement demande une prompte exécution ; et, s'il est conforme à la loi, fût-il même fondé sur l'erreur ou sur la déposition de faux témoins, ses effets doivent être justifiés dans le for extérieur et dans celui de la conscience » (1).

Mais, à supposer qu'un magistrat ait violé les formes prescrites, commis une erreur de droit ou faussement appliqué la loi, comment la suppression de sa sentence peut-elle être obtenue ? — Cette suppression peut être l'œuvre spontanée du magistrat qui a statué, ou de son successeur ; elle peut, également, être provoquée par celle des parties au procès que lèse la décision intervenue.

Cette suppression peut être, tout d'abord, l'œuvre spontanée du magistrat qui a statué ; il est même certaines hypothèses dans lesquelles un jugement ne peut être rapporté que par celui qui l'a rendu. Et il en est ainsi : 1° lorsque le juge « découvre une meilleure interprétation de la loi » (2) ; il s'est conformé à l'opinion d'un jurisconsulte déterminé, et il s'aperçoit, par la suite, que l'interprétation de la loi fournie par tel autre jurisconsulte est préférable ; — 2° lorsqu'il « a prononcé, par erreur, contrairement à sa propre interprétation, s'il est lui-même juriste » (3) ; il a, sans le vouloir et par inadvertance, rendu un jugement qui est en contradiction avec des principes juridiques que lui-même a formulés ; — 3° lorsqu'il « a décidé, par erreur, contrairement à la doctrine admise dans son École » (4) ; le

(1) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 207.

(2, 3, 4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1478.

magistrat appartient à l'École malékite, et, au lieu de statuer selon les principes de celle-ci, il s'est conformé aux prescriptions du rite hanéfite.

La suppression d'une sentence peut, aussi, être l'œuvre spontanée du magistrat qui a succédé à celui de qui elle émane. Il est, en effet, un certain nombre de cas dans lesquels le magistrat peut reviser, d'office, les jugements de son prédécesseur. S'il a été substitué à un juge notoirement ignorant, ou reprochable, soit à raison de ses iniquités notoires, soit à raison de l'irrégularité de son investiture, — il a qualité pour procéder, d'office, à la révision de toutes les décisions rendues par celui qu'il remplace (1). Ses pouvoirs varient, toutefois, suivant que ce dernier avait pris, lors du prononcé de la sentence, l'avis de jurisconsultes, ou s'était abstenu de remplir cette formalité. Dans cette dernière hypothèse, le magistrat nouvellement installé peut substituer au jugement revisé une décision entièrement nouvelle, — tandis qu'au premier cas, son pouvoir de réformation est limité ; ne peuvent être réformées que les parties de la sentence qui seraient contraires au droit ; le surplus devrait être maintenu (2).

Mais, en l'absence de toute rétractation ou revision d'office, on conçoit, encore, que la réformation d'un jugement puisse être provoquée par celle des parties au procès qu'il ne satisfait pas, — pourvu, cela va de soi, que l'on se trouve dans l'une des hypothèses où les jugements sont, de par la législation musulmane, susceptibles de révocation. — Comment, alors, cette réformation doit-elle être poursuivie ? — Elle ne peut l'être, comme dans les législations modernes, par la voie de l'appel à un magistrat d'un degré supérieur ; car, les juridictions d'appel sont inconnues en pays musulmans (3), ou, si elles y ont jamais

---

(1) Khalil, *trad. Seignette,* art. 1468 et 1470.

(2) *Eod. loc.*, art. 1468 et 1469.

(3) Il ne s'agit pas, ici, bien évidemment, des pays musulmans qui, comme la Turquie ou l'Égypte, se sont plus ou moins librement approprié l'organisation judiciaire des nations européennes. — On ne saurait, d'autre part, voir des juridictions d'appel dans certains conseils, tels que le *Medjlis cherij*

fonctionné, leur existence a toujours constitué une anomalie. Les auteurs sont formels sur ce point. « La loi n'admet point d'appel, dit Mouradja d'Ohsson, dans un passage déjà cité ; cependant, un plaideur, qui a perdu sa cause, trouve souvent le moyen de la reproduire devant un autre tribunal, sous une forme différente. Mais, il n'y a guère que les Caziaskers qui s'arrogent ce droit de revision ... ». — « Les décisions du qadhi, affirme également M. Van den Berg, sont sans appel. Cependant, l'on voit, dans l'histoire de l'Islam, qu'il a quelquefois existé un fonctionnaire chargé de contrôler tous les autres agents, et, par conséquent, les qadhis eux-mêmes. L'on pouvait porter plainte devant lui à raison des jugements iniques, des exactions, etc... Ce fonctionnaire était appelé Çahib-al-Mathâlim, littéralement : inspecteur des injustices » (1).

Si la réformation d'un jugement ne peut, en principe, être poursuivie devant un magistrat d'un degré supérieur, peut-elle l'être devant le cadi d'un autre ressort ou devant un juge du même ressort et fonctionnant parallèlement à celui qui a statué ? — Non, puisque ces divers magistrats sont égaux en droits, indépendants les uns des autres, et que l'un est, dès lors, sans qualité pour censurer les actes d'un autre. Aussi, « en cas d'appel à un autre magistrat, celui-ci ne peut revoir le procès ; il doit, au contraire, en confirmer le jugement par sa signature ou par son cachet » (2).

Dans de telles circonstances, on ne conçoit, comme nous le disions plus haut, pour le plaideur qui veut obtenir la revision de son procès, que le recours au magistrat qui a jugé, ou, s'il n'est plus en fonctions, à celui qui a reçu mission de le remplacer.

Le recours au magistrat qui a statué est possible, tant que ce

---

de l'Alger turc, et dont les attributions sont purement consultatives (V. de Paradis, *Alger au XVIIIe siècle*, publié par M. Fagnan, *Revue Africaine*, 1895 et 1896). — Cf. Laugier de Tassy, *Histoire du royaume d'Alger*, p. 340.

(1) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, trad. de France de Tersant, p. 206 ; texte et note 1.

(2) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 206.

magistrat reste en fonctions. Si ces fonctions viennent à lui être retirées, il rentre dans la vie privée ; et, ne disposant plus d'aucun pouvoir, il n'a plus qualité pour modifier ou réformer la sentence rendue par lui. — Mais, qu'arriverait-il si ce magistrat venait à être réintégré dans ses fonctions ? Serait-il autorisé à rétracter les jugements prononcés par lui pendant sa première judicature ? — C'est là une question sur la solution de laquelle les jurisconsultes musulmans ne s'accordent pas (1).

Pour ce qui est du recours formé devant le successeur du magistrat qui a jugé, les textes ne paraissent pas avoir imparti au plaideur malheureux de délai, passé lequel le recours ne serait plus recevable. Il semble, qu'à un moment quelconque, ce recours puisse être formé utilement. Si bien, en somme, que les jugements susceptibles d'être attaqués pour les causes que nous avons déterminées, ne peuvent acquérir, avec le secours du temps, l'autorité de la chose jugée. Et ce fait n'est peut-être pas étranger, lui aussi, à la formation de cette opinion erronée suivant laquelle la législation musulmane aurait ignoré le principe de la chose jugée.

Mais, comment se fait-il que les docteurs musulmans n'aient point été amenés, par la force même des choses, à décider que les jugements susceptibles de recours ne pourraient être attaqués que pendant un laps de temps déterminé ? — Nous risquons l'explication suivante : d'une manière générale, les jugements ne peuvent être critiqués que pour « violation manifeste d'un texte de loi universellement admis ou une fausse application de la loi, eu égard à la jurisprudence constante » (2). Or, pour les Musulmans, la loi religieuse et la loi civile se trouvent confondues ; la violation de la loi musulmane constitue donc une atteinte à la religion, et, par là même, une infraction d'une gravité particulière ; il importe, dès lors, qu'elle puisse être réprimée à quelque moment que ce soit.

---

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 174, § 2.
(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1471.

III

D'ailleurs, en ce qui concerne l'Algérie, les difficultés qui viennent d'être examinées ne présentent plus qu'un intérêt théorique. Aujourd'hui, en effet, les jugements rendus par les magistrats indigènes ont très certainement l'autorité de la chose jugée, ou sont susceptibles de l'acquérir. On discute, il est vrai, sur le point de savoir s'il en est ainsi depuis les ordonnances des 28 février 1841 et 26 septembre 1842, ou seulement à compter du décret du 1er octobre 1854 (1). L'on se demande, en outre, si ces textes ont eu un effet rétroactif, ou si, au contraire, les sentences musulmanes rendues à une époque ultérieure ont continué à pouvoir être frappées d'appel, et cela, sans condition aucune de délai (2). Mais, ce sont là controverses qui, elles aussi, ont, avec le temps, perdu la plus grande partie de leur intérêt pratique.

Il est, cependant, une question qui a conservé toute son actualité, et qui est celle-ci : Quelle est la valeur, à l'égard de non-Musulmans, d'un jugement intervenu, en matière musulmane, entre Musulmans? — Postérieurement à ce jugement, un Européen acquiert la qualité d'ayant cause de l'une des parties musulmanes; ce jugement est-il opposable à l'ayant cause européen? Faut-il considérer comme jugé, à l'égard de cet ayant cause européen, ce qui l'a été à l'égard de son auteur musulman?

Et, d'abord, d'où vient que l'on puisse hésiter sur la solution à donner à cette question? — 1° De ce que les Européens ne sont, en aucun cas, justiciables des magistrats indigènes, et que

---

(1) Alger, 25 novembre 1862, Estoublon, *Jurispr. Alg.*, 1862, p. 51; Alger, 25 mai 1863, *op. cit.*, 1863, p. 17.

(2) Cette controverse suppose évidemment admise cette idée, que nous avons combattue, et d'après laquelle les sentences musulmanes, n'ayant point l'autorité de la chose jugée, peuvent toujours, et à un moment quelconque, être frappées d'appel. — V. Gentil, *Administration de la justice musulmane en Algérie*, p. 198 et suiv.

les obliger à tenir compte des sentences rendues par ces magistrats, c'est les placer indirectement sous la juridiction de ceux-ci; — 2° De ce qu'astreindre des Européens à respecter une décision rendue conformément aux règles du droit musulman, alors même qu'elle émane de juges français (1), c'est, en quelque sorte, leur imposer l'observation d'une législation sous l'empire de laquelle ils ne sont pas placés. Et c'est bien là ce qu'a décidé la Cour d'Alger, dans des arrêts en date du 2 janvier 1862 et du 6 juin 1864 (2); — 3° De ce que, ajoute ce dernier arrêt, « attacher aux jugements et arrêts rendus dans de semblables conditions l'autorité de la chose jugée au regard des ayants cause non musulmans..., ce serait aussi ouvrir aux indigènes musulmans la voie de frauduleuses et préjudiciables collusions, attacher à leurs transactions avec les non-Musulmans des périls de nature à éloigner la confiance et à rendre ces transactions inacceptables ».

De ces diverses considérations, la dernière est évidemment la moins concluante, car elle tend à démontrer, simplement, que la solution consacrée par la Cour d'Alger est pratiquement la plus avantageuse; elle n'établit nullement que cette solution soit conforme au droit. Mais, avant de rechercher ce que valent les autres considérations relatées plus haut, il importe, au préalable, de mettre en relief cette idée que les magistrats indigènes sont des fonctionnaires français, — et que la législation musulmane, bien qu'elle ne soit applicable qu'à une catégorie d'individus déterminés, et seulement en certaines matières, ne saurait être, pour nous, comme une législation étrangère, puisque le législateur français, en la déclarant applicable à certains de ses nationaux, se l'est appropriée, pour ainsi dire, et en a fait, en quelque sorte, une législation nationale. On ne peut, dès lors, tirer argument de ce fait que nos tribunaux, se basant

(1) Les juges français qui connaissent, soit en première instance, soit en appel, de litiges entre Musulmans, n'en doivent pas moins, en dépit de leur qualité de juges français, appliquer les règles du droit musulman, lorsqu'il s'agit de procès se référant à des matières réservées par les décrets des 8 janvier 1870, 29 août 1874 et 17 avril 1889.

(2) Estoublon, *Jurispr. Alg.*, 1862, p. 1, et 1864, p. 21.

sur ce que les jugements rendus en pays étranger émanent de juges étrangers et ont été rendus en conformité d'une loi étrangère, décident, assez généralement, que ces jugements n'ont pas, de plein droit, en France, l'autorité de la chose jugée (1). Les sentences rendues en matière musulmane, n'émanant pas de juges étrangers et n'emportant pas application d'une loi étrangère, ne sauraient être, à ce point de vue, assimilées aux jugements étrangers (2).

Mais, reste, alors, cette première objection que les Européens ne sont, en aucun cas, justiciables des magistrats indigènes, et que les obliger à tenir compte des sentences rendues par ces magistrats, c'est les placer indirectement sous la juridiction de ceux-ci. — Cette objection ne porte pas. Les non-commerçants ne sont pas justiciables des juridictions commerciales, et cependant, les décisions que rendent ces juridictions leur sont opposables, ou, tout au moins, les non-commerçants ne sauraient exciper de cette qualité pour méconnaître l'autorité de la chose jugée par les tribunaux consulaires (3). Décider autrement, ce serait ouvrir la porte aux contrariétés de jugements ; ce serait permettre à un tribunal civil de reprendre un litige sur lequel a statué déjà un tribunal de commerce, et de le trancher autrement que celui-ci. Et, dès l'instant où il s'agit de juridictions nationales, les contrariétés de jugements sont aussi regrettables lorsqu'elles émanent de juridictions d'ordres différents, que lorsqu'elles émanent de juridictions du même ordre. Il est aussi fâcheux de voir un tribunal civil défaire ce qu'a fait un tribunal de commerce, que de voir le même tribunal civil défaire ce qu'a fait un autre tribunal civil. — Or, nous l'avons dit précé-

---

(1) Paris, 8 juillet 1890, J. Clunet, 1890, p. 848; — Cassation, 9 février 1892, J. Clunet, 1893, p. 541; — Caen, 21 mars 1892, J. Clunet, 1892, p. 977 ; — Paris, 6 mai 1897, J. Clunet, 1897, p. 792.

(2) La question ne se poserait pas dans les mêmes termes en Tunisie, celle-ci ayant conservé sa souveraineté intérieure et les tribunaux tunisiens pouvant, de ce chef, être considérés comme des tribunaux étrangers. — Cf. Alger, 18 novembre 1901, *Rev. Alg.*, 1902, 2, 129; — Tunis, 8 mai 1901, *Rev. Alg.*, 1903, 2, 75.

(3) V. une note très substantielle publiée, sous un arrêt de la Cour d'Alger, du 6 juin 1864, dans le *Journ. Robe*, 1864, p. 97.

demment, en Algérie, les juridictions indigènes sont des juridictions françaises.

Est-il, alors, vrai de dire qu'on n'a pas le droit d'obliger des Européens à respecter les sentences rendues en matière musulmane, quand bien même elles émaneraient de juges français, parce que ce serait astreindre ces Européens à l'observation d'une législation sous l'empire de laquelle ils ne sont pas placés ? — D'une manière générale, il est exact de prétendre qu'on ne peut obliger un Européen à respecter les prescriptions de la loi musulmane. Mais, ce qui est vrai de l'Européen envisagé individuellement, isolément, ne l'est plus quand il s'agit des rapports de cet Européen et d'un Musulman, et ne peut plus l'être, parce qu'il est des hypothèses où notre loi, elle-même, impose l'application simultanée de la loi française et du droit musulman. Lorsqu'un Français a contracté avec un Musulman, par exemple, il peut se voir opposer les incapacités dont cet indigène se trouverait frappé par la loi musulmane, car, de par le décret du 17 avril 1889, c'est cette loi qui gouverne, en Algérie, le statut personnel des Musulmans. — De même, un Français se rend cessionnaire des droits qu'un Musulman avait acquis conformément aux dispositions de la loi musulmane ; on pourra bien, évidemment, opposer à ce Français cessionnaire celles de ces dispositions qui ont pour objet de préciser l'étendue des droits acquis par lui ; et cela, en vertu de ce principe qu'on ne peut céder que les droits que l'on a, et que le Français, ayant cause, ne saurait avoir d'autres droits que ceux qui appartiennent à son auteur musulman. Dès lors, si une décision judiciaire est intervenue pour fixer, conformément à la loi musulmane, l'étendue des droits de cet auteur musulman, cette décision sera nécessairement opposable à l'ayant cause français, bien que celui-ci ne soit pas soumis à l'empire de la loi musulmane. L'adage : *Nemo plus juris inferre potest quam ipse habet*, le veut ainsi.

La chose jugée en matière musulmane a donc autorité même à l'égard de non-Musulmans. C'est là, du reste, ce qu'a reconnu la chambre civile de la Cour suprême, dans un arrêt de cassa-

tion, en date du 13 décembre 1864 (1). Si le dispositif de cet arrêt échappe à toute critique, il n'en est pas de même des motifs sur lesquels il s'appuie. La Cour justifie, en effet, sa manière de voir par cette considération unique, que le jugement rendu par un tribunal indigène émane « de juges qui, investis de la plénitude de juridiction, rendent, au nom de l'Empereur, des décisions et sentences au même titre et par les mêmes voies que les jugements des autres tribunaux de l'Empire ». — Or, cette considération n'est pas péremptoire ; elle n'est que partiellement concluante, car elle n'exclut pas l'objection tirée de cette idée que le droit musulman, même appliqué par un tribunal français, est un droit d'exception qui ne régit que les Musulmans, et seulement dans les matières où le législateur français a réservé son application. Mais, nous avons montré plus haut comment il est possible d'écarter cette objection ; il n'y a pas lieu, dès lors, d'insister davantage sur ce point.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que la difficulté qui vient d'être étudiée n'est pas spéciale à l'Algérie ; née de la coexistence, sur le territoire algérien, de juridictions françaises et de juridictions musulmanes, elle devait fatalement surgir en tout pays où se rencontre cette dualité de juridictions. En Égypte, par exemple, à côté des tribunaux indigènes, on trouve des tribunaux mixtes, organisés sur le modèle des juridictions européennes. Les tribunaux indigènes statuent sur les contestations entre indigènes égyptiens ; les tribunaux mixtes connaissent des litiges entre Européens et indigènes, ou entre Européens de nationalités différentes, et, aussi, de toutes les actions réelles immobilières entre toutes personnes, fussent-elles de même nationalité ; ils appliquent une législation spéciale se rapprochant beaucoup, à certains points de vue, de la législation française. Ces tribunaux mixtes, en dépit de l'extranéité de la plupart de leurs membres et de leurs justiciables, et du caractère tout spécial de la législation suivant laquelle ils jugent, — n'en sont pas moins des tribunaux égyptiens rendant la justice au nom du gouverne-

(1) Estoublon, *Jurispr. Alg.*, 1864, p. 40.

ment local, au même titre que les tribunaux indigènes. On rencontre donc en Égypte, comme en Algérie, deux catégories de juridictions qui, bien que, toutes les deux, juridictions nationales, n'en sont pas moins, les unes, des juridictions européennes, les autres, des juridictions musulmanes.

La question s'est alors posée, en Égypte comme en Algérie, de savoir si la chose jugée entre indigènes était opposable, devant les tribunaux mixtes, aux Européens, bien que ceux-ci ne fussent point justiciables des tribunaux indigènes ; — et elle a été résolue dans le sens de l'affirmative par la Cour mixte d'Alexandrie, dans un arrêt du 23 mai 1894, dont nous extrayons le passage suivant : « Attendu que l'arrêt de la Cour d'appel indigène du Caire, du 8 mai 1888, rendu entre les parties indigènes, avant l'introduction de la présente instance, doit emporter la chose jugée, non seulement au regard d'Ahmed Rifaat, mais encore envers Margariti et consorts, ses cessionnaires, qui, en cette qualité, ne sauraient avoir plus de droits que le cédant lui-même... » (1).

Aussi, donnerons-nous à cette étude la conclusion suivante : la présomption de vérité qui s'attache aux jugements rendus en matière musulmane est, en principe, définitive ; — il en était ainsi en Algérie, dès avant l'ordonnance du 28 février 1841 ou le décret du 1er octobre 1854 ; — et ces jugements ont l'autorité de la chose jugée, non pas seulement à l'égard des parties musulmanes et de leurs ayants cause musulmans, mais aussi à l'égard de leurs ayants cause français ou européens.

---

(1) *Revue internationale de Législation et de Jurisprudence musulmane*, 1re année, p. 165. — Cf. C. mixte d'Alexandrie, 4 avril 1901 ; — Lantz, *Rép. gén. de la Jurisp. mixte égypt.*, t. II, p. 85, n° 5739.

IX

LA PRESCRIPTION

IX

LA PRESCRIPTION

---

1. — La prescription a pour but d'empêcher qu'un état de fait, qui dure depuis un certain temps, ne vienne à être troublé, — soit parce qu'il est vraisemblable que cet état de fait est conforme au droit, — soit parce que l'intérêt général commande que les situations acquises ne puissent être, incessamment et à un moment quelconque, remises en question. Or, la réalisation de ce but a conduit, dans la plupart des législations, à la consécration d'une double institution : l'usucapion et la prescription, — la prescription acquisitive et la prescription extinctive ; — celle-ci anéantissant le droit dont l'exercice a été, pendant un certain laps de temps, négligé ; — celle-là aboutissant au même résultat, mais par l'attribution du droit à une autre personne, à celle qui, durant le temps fixé par la loi, s'est comportée comme si le droit lui eût réellement appartenu.

2. — On aurait pu concevoir que le législateur eût cherché à atteindre le même but par un procédé différent, — par le moyen, par exemple, d'une seule institution : la prescription extinctive. Le législateur aurait pu décider, d'une manière générale, que tout état de fait d'une certaine durée ne pourrait être troublé, et donner au bénéficiaire de cet état de fait une exception lui permettant de faire repousser toute action en justice intentée après l'expiration du délai prévu. Le possesseur d'un fonds de terre se serait alors basé, pour faire écarter la revendication intentée contre lui, non sur le droit de propriété

que lui aurait valu sa longue possession, comme dans les pays où se rencontre la prescription acquisitive, — mais sur l'extinction, par la prescription, au détriment du demandeur, soit du droit de propriété de celui-ci, soit de l'action qui le sanctionne ; — de même que le débiteur se fonde, pour faire rejeter la demande en paiement tardive de son créancier, non, à proprement parler, sur ce qu'il a cessé d'être débiteur, mais sur ce que la prescription a anéanti, soit le droit de son créancier, soit simplement l'action qui en découle.

Il est incontestable que le possesseur est mieux protégé par la prescription acquisitive qu'il ne le serait, s'il ne pouvait, à la revendication, opposer qu'une exception, puisqu'étant propriétaire, il peut revendiquer dans le cas où il a cessé de posséder, et qu'il ne peut le faire, s'il ne dispose que d'une simple exception. Une législation qui, à côté de la prescription extinctive, admet l'usucapion, est certainement meilleure, plus perfectionnée, puisqu'elle assure plus de stabilité à la propriété foncière. Mais on conçoit, aussi, très bien une législation dans laquelle le seul bénéfice concédé au possesseur serait celui d'une exception à opposer au propriétaire. Le législateur se bornerait, alors, à empêcher qu'on ne trouble, tant qu'il subsiste, un état de fait qui se prolonge depuis un certain temps ; à affirmer, non pas la conformité au droit de cet état de fait, mais simplement, et pourvu que cet état de fait se maintienne, la vraisemblance de cette conformité. — C'est ainsi que, dans le droit romain du Bas-Empire, celui auquel le juste titre ou la bonne foi faisait défaut, pouvait, en vertu d'une Constitution de Théodose II, après trente années de possession, triompher des réclamations du véritable propriétaire, bien que, cependant, la propriété ne lui fût pas acquise (1) ; mais, s'il venait à cesser de posséder, la revendication ne lui était pas accordée.

3. — Or, ce qui était vrai, dans le dernier état du droit romain, de celui qui avait possédé de mauvaise foi ou sans juste titre,

(1) L. 3, C., *De præscrip. trig. vel quadr. annor.*, VII, 39.

l'est, en droit musulman, de tout possesseur, quel qu'il soit. La législation musulmane, en effet, n'admet pas la prescription acquisitive ; elle s'en tient à la prescription extinctive des actions, tant réelles que personnelles. C'est ainsi que le possesseur d'un immeuble ne peut se prévaloir, pour éviter l'expulsion par le véritable propriétaire, d'un droit de propriété qui serait né à son profit du fait de sa longue possession ; il ne peut invoquer que l'extinction, par la prescription, de l'action en revendication intentée contre lui.

Que la loi musulmane ignore la prescription acquisitive, — c'est là ce qu'affirment nombre d'auteurs ; il en est même qui vont jusqu'à prétendre que, d'une manière générale, la prescription, tant extinctive qu'acquisitive, est inconnue des docteurs musulmans. « Le droit musulman, dit de Tornaw, n'admet pas plus la prescription extinctive que la prescription acquisitive » (1). Il y a là une exagération ; car, ainsi que M. Van den Berg le fait observer, si « le Multaqa n'admet la prescription sous aucune forme..., les fetwas postérieures ont reconnu, en matière civile, sous certaines réserves et dans certaines circonstances, la prescription extinctive, même par rapport aux actions réelles » (2). Aussi, Ibrahim Halebi déclare-t-il que « toutes les actions, en général, sont prescrites par quinze ans » (3). La législation musulmane connaît donc, tout au moins, la prescription extinctive.

Mais, si la loi musulmane connaît la prescription extinctive, elle n'en connaît pas d'autre ; elle ignore la prescription acquisitive. M. Clavel le constate dans les termes suivants : « En droit musulman, l'usucapion n'existe pas, la prescription acquisitive y est inconnue, et cette législation admet, simplement, une péremption de l'action utile tendant à la revendication d'un droit » (4). — « La prescription, en droit musulman, dit également Omar Bey Loutfy, n'entraîne pas l'extinction du droit généra-

(1) De Tornaw, *trad. Eschbach*, p. 77.
(2) Van den Berg, *Les réformes judiciaires en Turquie*.
(3) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. VI, p. 240.
(4) Clavel, *Le Wakf ou Habous*, Préface, p. II.

teur de l'action, mais elle éteint l'action à l'état militant, en ce sens que le non-exercice de cette action pendant un certain laps de temps, l'expose à être écartée par la justice. — *Al-Takadom* (ou œuvre du temps), ou *prescription*, n'a aucune influence sur les droits abstraits et incorporels ; il n'anéantit, par conséquent, ni le droit du propriétaire, ni celui du créancier ; mais il forme, tout simplement, une fin de non-recevoir opposable à leur action » (1). — De même, MM. Padel et Steeg constatent que « la prescription ne figure pas au nombre des modes d'acquisition ; elle est seulement considérée comme une cause d'extinction des actions en revendication... L'origine de la prescription est donc purement extinctive... L'action judiciaire est seule éteinte par la prescription » (2). — Enfin, M. Nedjib H. Chiha fait observer que si, « en droit français, la prescription est libératoire ou acquisitive..., en droit ottoman, la prescription est considérée comme un obstacle à la revendication d'un droit qui n'a pas été exercé pendant un certain temps, sans qu'elle puisse produire l'extinction de ce droit. En d'autres termes, seule, l'action s'éteint par la prescription, mais le droit lui-même ne se prescrit jamais » (3).

Et ce qui justifie péremptoirement cette manière de voir, c'est ce fait que les jurisconsultes musulmans, parlant des effets qui dérivent de la prolongation de la possession, ne font aucune allusion à l'acquisition de la propriété. Khalil, notamment, traitant de la situation faite à celui qui a possédé pendant dix ans, se garde bien de dire que ce possesseur est devenu propriétaire ; il déclare, simplement, qu' « aucune demande ni preuve ne pourra être entendue contre le possesseur non parent, ni copropriétaire, ni associé du demandeur, après dix années de jouissance effective » ... (4). Ces dix années de possession rendent non recevable la revendication du propriétaire : voilà tout l'effet que leur attribue le jurisconsulte.

---

(1) *De l'action pénale en droit musulman*, 2e fasc., p. 56.

(2) *De la législation foncière ottomane*, p. 160.

(3) *Traité de la propriété immobilière en droit ottoman*, p. 595.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1698.

De même, dans le titre que le code civil ottoman a consacré à la *Prescription*, il n'est question que de prescription extinctive, et le seul effet attaché à la prescription, c'est la non-recevabilité de l'action qui sanctionne le droit. L'art. 1660 de ce code porte, en effet, que « les actions... ne sont plus recevables si elles n'ont pas été exercées pendant quinze ans ». Et l'art. 1674 ajoute que « le fait de ne pas exercer un droit pendant un temps plus ou moins long n'en entraîne pas la déchéance ».

Et, cependant, à en croire certains auteurs, le Prophète aurait dit que « la chose appartient à celui qui l'a possédée pendant dix ans » (1). — Mais, ce hadits est-il bien authentique? — Les Hanéfites ne doivent pas le tenir pour tel, puisque, pour eux, on le verra par la suite, la prescription est acquise, non par dix années, mais par quinze années de possession, seulement. — D'autre part, s'il est quelques docteurs malékites qui invoquent ce hadits pour justifier l'existence de la prescription décennale, et qui, comme El-Kharchi (2), semblent admettre que, par la seule prolongation de sa possession, le possesseur peut devenir propriétaire, il n'en est aucun, à notre connaissance, tout au moins, qui soit absolument net et formel sur ce point.

On lit bien, il est vrai, dans la traduction de la *Tohfat* d'Ebn Acem, par Houdas et Martel, que « l'étranger, s'il possède un immeuble, en vertu d'un titre, pendant dix ans, en acquiert la propriété ». — Mais, il résulte du commentaire de ce texte, donné par Miara, que, dans la circonstance, s'il y a acquisition de la propriété, cette acquisition ne résulte pas de la prescription, c'est-à-dire de la prolongation de la possession, mais d'une renonciation tacite, à son droit de propriété, consentie par le propriétaire au profit du possesseur. L'hypothèse prévue par Ebn Acem serait, en effet, celle d'une possession exercée au détriment du véritable propriétaire, mais au vu et au su de ce dernier, et pratiquée en vertu d'un titre, tel qu'un contrat de vente ou donation, dont le propriétaire aurait connu la conclu-

---

(1) El-Kharchi, *Comment. de Khalil*, 7e partie, p. 242; 2e éd.; Boulak, 1317 H.

2) *Eod. loc.*

sion (1). — De même, Châràni (2) a soin de faire observer que, s'il y a lieu de reconnaître la propriété d'un bien à celui qui le possède depuis plus de dix ans, c'est, seulement, « dans le cas où le demandeur ou réclamant aurait été présent pendant que le détenteur usait et disposait de la chose en maître, et aurait permis à ce dernier la jouissance libre et non contestée de cette chose ».

En sorte que la doctrine musulmane malékite paraît bien être fixée en ce sens, que la propriété ne peut s'acquérir sans une renonciation, tout au moins, tacite, du propriétaire à son droit, — qu'elle ne saurait, dès lors, être acquise par le seul fait de la prolongation de la possession (3).

On ne saurait, toutefois, contester les défectuosités d'une semblable législation. Il n'est pas douteux, en effet, que la protection qu'elle accorde au possesseur est des plus imparfaites, et que, sous un pareil régime, la prescription, dont le rôle est de faire cesser, au bout d'un certain temps, toute incertitude sur la situation juridique des immeubles, ne remplit pas son but.

Aussi, n'est-il pas sans intérêt de constater les efforts de certains juristes ottomans, pour faire admettre que, s'agissant de terres domaniales, le code foncier ottoman a rompu avec la doctrine traditionnelle et fait de la prescription un mode d'acquérir (4). — Que, s'agissant de terres domaniales, la prescription soit devenue un mode d'acquérir certains droits, c'est là ce qui résulterait, à en croire ces juristes, des dispositions contenues dans les art. 20 et 78 du code foncier ottoman ; attendu qu'en vertu des dispositions combinées de ces articles, le possesseur d'une terre domaniale, qui justifie d'une possession décennale, doit être maintenu en possession, encore qu'il reconnaîtrait la validité des droits du demandeur, dès l'instant

---

(1) Ebn Acem, *Tohfat*, trad. Houdas et Martel, vers 1227; — Miara, *Comment. de la Tohfat*, t. II, p. 176.

(2) Châràni, *Balance de la loi musulmane*, trad. Perron, *éd. Luciani*, p. 444.

(3) Ebn Farhoun, *Tebcirat el-Hakam*, t. II, p. 90. — V., cependant, la glose marginale de la page 176 du t. II du *Commentaire de la Tohfat*, par Miara.

(4) Nedjib H. Chiha, *op. cit.*, p. 598.

où il n'avoue pas formellement avoir acquis la terre qu'il possède, par un acte arbitraire (1).

4. — Les juridictions françaises d'Algérie et de Tunisie n'ont point, en cette matière, de jurisprudence bien nette ni bien précise. La Cour d'Alger décide, le 12 avril 1854, que « la loi musulmane n'admet pas la prescription comme mode d'acquérir la propriété » (2), — et, le 29 juin 1880, elle déclare, qu' « en droit musulman, la prescription décennale ne constitue jamais qu'une grave présomption de propriété, pouvant être combattue victorieusement par la preuve positive d'un droit contraire » (3).

Mais, dans des arrêts de la même Cour, des 29 janvier 1884, 3 décembre 1884, 18 décembre 1888, 15 octobre 1901, on trouve consacrée cette idée que la prolongation de la possession peut conduire à la propriété (4). — Le tribunal de Tunis, dans un jugement du 20 mars 1893, adoptant implicitement le principe que la propriété peut être acquise par la possession prolongée, se préoccupe simplement de déterminer les conditions de cette acquisition (5). — Et, le 19 décembre 1900, le même tribunal de Tunis, puis, le 3 février 1904, le tribunal mixte de Tunisie affirment l'existence d'une prescription acquisitive en droit musulman (6).

Or, le 11 juin 1894, le tribunal de Tunis avait admis, qu'en droit musulman, « une action non poursuivie pendant un certain temps ne peut plus être reçue en justice... ; que c'est dans cette règle qu'on peut reconnaître quelque chose qui soit assimilable à la prescription du droit français, mais que les applications qui en ont été faites et les déductions qui en ont été tirées font, de cette prescription du droit musulman, une conception légale tout à fait différente de celle du droit français... ; et, qu'en droit

(1) Padel et Steeg, *op. cit.*, p. 167, n° 142.
(2) Estoublon, *Jurispr. Alg.*, 1854, p. 20.
(3) *Bul. jud. Alg.*, 1882, p. 15.
(4) *Bul. jud. Alg.*, 1884, p. 40 ; — *Rev. Alg.*, 1885, 2, 103 ; 1889, 2, 219 ; — *J. Robe*, 1902, p. 13.
(5) *Rev. Alg.*, 1893, 2, 280.
(6) *Rev. Alg.*, 1901, 2, 545 ; — 1905, 2, 241.

musulman, la prescription n'est pas autre chose qu'une sorte de paralysation de l'action, qui la rend irrecevable et sans force, par cela seul qu'elle n'a pas été exercée pendant un certain délai » (1). A la date du 17 novembre 1899, le tribunal de Sousse, puis, le 6 juin 1906, le tribunal de Tunis se prononcent dans le même sens (2). Par arrêt du 17 décembre 1896, la Cour d'Alger affirme que, « dans la coutume musulmane tunisienne, le droit immobilier est imprescriptible ; mais que l'action réelle qui en découle s'éteint, faute de l'exercer pendant un laps de temps déterminé, qui est de dix ans suivant le rite malékite et de quinze ans dans le rite hanéfite » (3) ; ce qui semble impliquer que, dans l'esprit de la Cour, la possession ne confère pas au possesseur la propriété, mais lui permet, simplement, de faire rejeter l'action du propriétaire. Et cet arrêt est confirmé par un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, en date du 10 juillet 1902 (4). Enfin, le 26 décembre 1906, le tribunal de Mascara juge que « la loi musulmane n'admet pas la prescription comme moyen d'acquérir la propriété » (5).

Mais, quoi qu'il en soit des contradictions que présentent ces décisions judiciaires, nous avons le droit de constater que les plus récentes, comme les plus anciennes, consacrent l'opinion à laquelle nous nous sommes rallié et d'après laquelle il n'est, dans la législation musulmane, qu'une seule prescription : la prescription extinctive.

5. — Nous nous proposons de rechercher les règles qui gouvernent cette prescription, — puis de mettre en lumière les particularités que présentent, soit la prescription des actions réelles, soit celle des actions personnelles, — enfin d'examiner les conflits qui peuvent s'élever en la matière, soit entre la loi française et la législation musulmane, soit entre les divers rites musulmans.

---

(1) *Rev. Alg.*, 1894, 2, 439.
(2) *Rev. Alg.*, 1900, 2, 460 ; — *J. tr. T.*, 1906, p. 258.
(3) *J. Robe*, 1897, p. 96.
(4) *Rev. Alg.*, 1902, 2, 336.
(5) *Rev. Alg.*, 1908, 2, 58. — Cf. Cas. civ. ; 3 décembre 1900, *Rev. Alg.*, 1900, 2, 475 ; — Tunis, 25 juin 1902, *Rev. Alg.*, 1904, 2, 91.

I

6. — La législation musulmane admet cette règle, toute d'équité, que la prescription ne court qu'à compter du moment où celui, au détriment de qui elle se réaliserait, peut avoir connaissance ou conscience du danger qui le menace, — et se trouve en situation de le conjurer. Ibrahim Halebi dit, en effet, que la prescription ne court pas dans « les cas où des empêchements légitimes ont fait taire une juste réclamation, tels que : 1° l'état de minorité ; 2° celui de démence ; 3° la prépotence de celui contre lequel on réclame ; et 4° l'absence du réclamant, quand même il ne serait pas sorti des limites de l'Empire » (1). — Et il résulte d'un passage de la *Tohfat* d'Ebn Acem que « quand le revendiquant aura été absent au loin, son droit restera efficace (2).

En somme, les faits qui, soit dans le rite hanéfite, soit dans le rite malékite, s'opposent au cours de la prescription, sont les suivants : absence, interdiction pour cause de minorité ou de démence, prépotence.

7. — *Absence.* — La prescription ne court pas contre l'absent. — Mais; qui peut être considéré comme tel ? — L'absent, en la matière qui nous occupe, ce n'est pas celui qui a disparu et sur l'existence duquel planent des doutes ; l'absence n'implique pas davantage le séjour en pays étranger, puisque Ibrahim Halebi nous dit qu'on peut être tenu pour absent, malgré qu'on ne soit pas « sorti des limites de l'Empire ». — L'absent, c'est simplement le *non-présent*, c'est-à-dire celui qui habite à une certaine distance d'un immeuble lui appartenant et indûment possédé par une tierce personne. Et la prescription ne court pas contre ce non-présent, parce qu'à raison de son éloignement, vraisemblablement il ignore l'usurpation commise, et que, dès lors, son inaction n'apparaît pas comme fautive.

(1) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 240. — Cf. *Medjellat*, art. 1663.
(2) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1236.

L'éloignement n'est, toutefois, un obstacle au cours de la prescription qu'autant qu'il est d'une certaine importance ; et cela se conçoit ; ce n'est qu'à cette condition que l'ignorance peut raisonnablement se présumer. — Aussi, celui dont l'éloignement n'excède pas deux jours de marche est-il considéré comme présent, et la prescription peut courir contre lui (1).

Mais, y a-t-il absence, dès l'instant où l'éloignement dépasse deux jours de marche ? — « L'éloignement existe, dit Ebn Acem, quand il y a, par exemple, sept ou huit journées de marche. Pour les distances intermédiaires, deux opinions ont cours » (2). Ainsi, lorsque l'éloignement atteint sept jours de marche, très certainement il y a absence, et la prescription ne court pas. Que si l'éloignement est supérieur à deux jours de marche, mais inférieur à sept, les jurisconsultes musulmans ne sont plus d'accord, les uns admettant l'absence pourvu que l'éloignement excède deux jours de marche, les autres tenant, au contraire, pour présente, toute personne dont l'éloignement n'est pas d'au moins sept jours.

8. — Les développements qui précèdent ne concernent pas les femmes. Ebn Acem, en effet, après avoir déclaré qu'il y a lieu de considérer « comme présent celui qui se trouve à un jour ou deux de marche », ajoute que « cette règle s'applique aux hommes, mais non aux femmes » (3), sans, toutefois, préciser autrement la situation faite à celles-ci. — Faut-il en conclure que les femmes jouissent d'un traitement de faveur et sont tenues pour absentes, alors même qu'elles se trouveraient à moins de deux jours de marche ? — Ou doit-on dire, avec M. Perron, que, « pour la femme, cette distance est portée jusqu'à sept jours de trajet ? » (4). — On ne voit guère pour quels motifs le législateur musulman se serait, en la circonstance, montré plus rigoureux pour les femmes que pour les hommes.

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1238.
(2) *Eod. loc.*, vers 1237.
(3) *Eod. loc.*, vers 1238.
(4) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 336.

9. — Quoi qu'il en soit, cette règle que la prescription court contre l'individu présent, mais non contre l'absent, repose sur cette double présomption que l'absent peut ignorer le danger qui le menace, tandis que le présent doit le connaître. — Cette double présomption peut-elle être combattue par la preuve contraire ?

Les traducteurs de la *Tohfat* admettent le propriétaire à prouver que, quoique présent, la possession exercée par un tiers, d'un immeuble à lui appartenant, lui est restée inconnue, partant, que la prescription n'a pu courir contre lui. « Il faut, en outre, disent MM. Houdas et Martel, qu'il ait connu la possession de son adversaire; sinon, il serait considéré comme ayant été absent » (1). — Et, à en croire M. Perron, « une autre condition à signaler encore, et qui est défavorable au propriétaire, c'est qu'il ait su que sa propriété était à la jouissance de tel détenteur » ; cependant, ajoute M. Perron, « si ce propriétaire déclare qu'il ignorait qu'elle fût entre les mains et à la disposition de cet individu..., la déclaration, accompagnée d'un serment, est acceptée comme valable » (2). Le demandeur est donc autorisé à établir son ignorance, et il n'a, bien évidemment, à le faire qu'au cas où il est présumé avoir connu les faits qui se sont accomplis ; or, il n'en est ainsi que lorsqu'il a été présent. M. Perron admet donc, lui aussi, que le demandeur peut, au cas de présence, faire écarter la présomption qui pèse sur lui.

L'on ne voit pas, dès lors, pourquoi, dans l'hypothèse d'absence, celui au profit de qui la prescription aurait pu se réaliser ne pourrait, par la preuve contraire, faire tomber la présomption dont bénéficie le demandeur, et démontrer que ce dernier n'a rien ignoré de ce qui s'est passé (3).

10. — *Interdiction pour cause de minorité ou de démence.* —

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, p. 665, note 1153.

(2) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 336 et 337.

(3) En ce sens, Tunis, 11 juin 1894; *Rev. Alg.*, 1894, 2, 439 ; — Cas. civ. ; 3 décembre 1900; *Rev. Alg.*, 1900, 2, 475.

Les mineurs et les personnes qu'un jugement a reconnues atteintes de démence sont placés en tutelle, et leur tuteur a pour mission de les représenter dans les actes de la vie civile. Mais, de même que la loi française n'a pas voulu que les mineurs et les interdits eussent à supporter les conséquences d'une négligence qui n'est pas la leur, et qu'ils n'ont aucun moyen de prévenir, et a décidé, dans l'art. 2252 C. civ., que la prescription ne courrait pas contre eux, — de même, aussi, la loi musulmane a fait en sorte que l'inaction du tuteur, qui n'est pas directement intéressé à interrompre la prescription, ne pût avoir pour conséquence d'enlever à l'incapable le bénéfice d'une action lui appartenant. Cette garantie accordée au mineur et au dément est d'autant plus précieuse que, par application des règles du droit musulman touchant la dévolution de la tutelle, plusieurs mineurs et déments peuvent se trouver simultanément sous la tutelle du cadi, c'est-à-dire d'une seule et même personne ; en sorte que, à raison même de la multiplicité des fonctions qui, chez les Musulmans, incombent au tuteur, l'inaction de celui-ci est beaucoup plus à redouter ici qu'ailleurs.

Ibrahim Halebi ne prévoit expressément que les hypothèses d'interdiction pour cause de minorité et de démence (1). Or, le mineur et le dément ne sont pas les seules personnes que la loi musulmane tienne pour interdites. Le failli, par exemple, est frappé d'interdiction ; il se voit enlever l'administration de ses biens, et ne conserve que « l'exercice des droits attachés à sa personne, comme de répudier, divorcer..., etc... » (2). — Ne faut-il pas admettre, alors, que, d'une manière générale, la prescription ne saurait courir contre tous ceux qui, par suite du dessaisissement dont ils ont été frappés, ont perdu l'exercice de leurs droits ? — L'examen de cette question trouvera, tout naturellement, sa place un peu plus loin, lorsque nous traiterons de la façon restrictive ou extensive dont il y a lieu d'interpréter les textes concernant la matière qui nous occupe ;

---

(1) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 240.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 436.

et nous nous bornerons à rappeler, ici, que l'interdiction pour cause de démence s'entend, non pas seulement de l'interdiction prononcée pour cause d'aliénation mentale caractérisée, mais, aussi, de celle prononcée pour simple faiblesse d'intelligence ou prodigalité (1) ; — en sorte que, de même que la prescription ne court pas contre le dément, de même elle ne saurait courir contre celui dont la faiblesse d'esprit ou les habitudes de prodigalité ont été judiciairement constatées.

11. — *Prépotence.* — Celui qui a pour adversaire un homme puissant n'a pas à redouter de voir son droit s'éteindre par la prescription (2). — On a fait observer qu'il existait, sur ce point, une analogie singulière entre la législation musulmane et le droit romain du Bas-Empire ; Justinien permit, en effet, au propriétaire dépossédé injustement de sa chose, mais qui n'oserait attaquer l'usurpateur à raison de sa puissance, d'interrompre la prescription en protestant devant un notaire (3). C'est là une mesure des plus salutaires et qui s'impose dans les pays où, comme ceux de l'Islam, prévaut le régime du bon plaisir, et dans lesquels il est inutile, ou même dangereux, de chercher à se faire rendre justice contre ceux qui tiennent de près au pouvoir.

Mais, qu'est-ce exactement que la prépotence ? — Les juges ont-ils, en la matière, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation ? — Le tribunal de Tunis ne l'a pas pensé, car, dans un jugement du 11 juin 1894, il a décidé que « la règle qui suspend la prescription à l'égard des puissants est de droit étroit et que, pour qu'il y ait ouverture à son application, il faut la réalisation de deux conditions : 1° Que le droit de propriété ait été violé par un fait de prince ; 2° Que la victime de ce fait se soit trouvée dans une dépendance telle, qu'elle n'ait pu utilement

---

(1) V. *sup.*, l'Interdiction, n° 54.

(2) Tunis, 25 janvier 1892 et 17 juillet 1893 ; *Rev. Alg.*, 1892, 2, 153; 1893, 2, 446; — 11 juin 1894 ; *Rev. Alg.*, 1894, 2, 439 ; — Alger, 17 décembre 1896 ; *Rev. Alg.*, 1897, 2, 207.

(3) C. J., L. 2, *de annali exceptione*, VII, 40 ; *Rev. Alg.*, 1893, 2, 446, note 2.

protester contre le violateur » (1). Aussi, le tribunal est-il d'avis que cette règle vise uniquement le cas de « violence matérielle ou morale exercée par un détenteur de la puissance publique, pour dépouiller un de ceux qui dépendent de lui ». Cela étant, il faut, pour que la prescription ne puisse courir, que l'action à intenter doive l'être contre une personne investie, en raison des fonctions qu'elle exerce, de la puissance publique, — que celui à qui appartient l'action soit placé dans la dépendance de cette personne, — et qu'il ait subi ou ait à redouter, de la part de celle-ci, des violences matérielles ou morales.

C'est ainsi, qu'en Tunisie, avant l'occupation française, un Français n'aurait pu invoquer la prépotence pour faire écarter la prescription, ce Français étant affranchi de tous liens de dépendance vis-à-vis du gouvernement beylical, quant à sa personne, et étant, quant à ses biens, couvert par les Capitulations (2).

Il est à remarquer, toutefois, que, dans un jugement du 17 juillet de l'année précédente, le même tribunal s'était montré beaucoup plus large et avait décidé que, d'une manière générale, la prescription ne courait pas contre celui qui avait à craindre la brutalité de son adversaire. Le tribunal avait basé sa décision sur un passage du *Précis* de Khalil, ainsi conçu : « Le silence est excusé quand le propriétaire craint la brutalité du détenteur » (3). Comme, en réalité, le texte est emprunté, non pas au *Précis* de Khalil, mais au commentaire qu'en a fourni son traducteur, M. Perron (4), l'autorité s'en trouve singulièrement atténuée, et l'application qu'en ont faite les juges de Tunis ne saurait être acceptée que sous les plus expresses réserves.

---

(1) Tunis, 11 juin 1894 ; *Rev. Alg.*, 1894, 2, 439.

(2) V., en ce sens : le jugement précité du tribunal de Tunis ; un arrêt de la Cour d'Alger du 17 décembre 1896, *J. Robe*, 1897, p. 97 ; un jugement du tribunal de Tunis du 6 juillet 1898, *Rev. Alg.*, 1899, 2, 19 ; et un arrêt de la Cour de cassation (ch. civ.) du 10 juillet 1902, *Rev. Alg.*, 1902, 2, 336.

(3) Tunis, 17 juillet 1893 ; *Rev. Alg.*, 1893, 2, 446.

(4) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 336.

12. — Le cours de la prescription se trouve-t-il, au cas de prépotence, arrêté de plein droit ? — Ou ne l'est-il qu'à la condition que le titulaire du droit ait accompli un acte révélant les motifs de son inaction, manifestant que celle-ci ne provient pas de sa négligence ou qu'elle n'implique pas renonciation à son droit ?

A différentes reprises, en Tunisie, des propriétaires ont fait dresser, par des notaires, des actes attestant qu'ils ne pouvaient revendiquer leurs immeubles, à cause de la haute position de leurs adversaires, et qu'ils se réservaient d'exercer leurs droits ultérieurement. Le tribunal de Tunis a jugé que la rédaction d'actes de ce genre n'était nullement indispensable, « attendu que la nécessité d'une protestation, manifestée sous une forme quelconque, aurait été contraire au but et à l'esprit de la règle énoncée ci-dessus » (1). — Une semblable protestation ne saurait, en effet, avoir d'utilité qu'à la condition de n'être pas clandestine ; or, ce que l'on veut justement éviter, ce sont les représailles que ne manquerait pas d'attirer à son auteur une protestation rendue publique. La protestation ne peut donc être que clandestine, et si, formulée de cette manière, elle est inutile, il est tout naturel qu'elle ne soit pas requise.

13. — Il est permis de se demander si l'absence, l'interdiction pour cause de minorité ou de démence et la prépotence, constituent les seuls empêchements à la prescription, reconnus par la législation musulmane. — Il ne nous semble pas qu'il y ait lieu, en cette matière, de donner des textes une interprétation restrictive. « Sont aussi exceptés, dit Ibrahim Halebi, les cas où des empêchements légitimes ont fait taire une juste réclamation, tels que... » (2). Ces mots : *tels que*, montrent que l'auteur n'entend pas procéder par voie d'énumération limitative ; il formule une règle, puis il signale certaines, seulement, de ses applications. — De même, Khalil nous apprend qu' « aucune

(1) Tunis, 17 juillet 1893 ; *Rev. Alg.*, 1893, 2, 446.

(2) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 240.

demande ni preuve ne pourra être entendue contre le possesseur..., après dix ans de jouissance effective, non contestée par lui, bien que présent et non empêché... » (1). *Non empêché ;* le sens de ce mot est vague, et, en s'abstenant de le préciser, Khalil indique bien, qu'à son avis, le cadi a qualité pour apprécier souverainement la valeur de l'empêchement invoqué par le demandeur pour justifier son inaction, et qu'il a la faculté d'écarter l'exception de prescription, toutes les fois qu'il juge cet empêchement suffisamment sérieux.

Enfin, l'art. 1663 de la *Medjellat* n'est pas plus précis. « La prescription, dit-il, n'est valablement acquise que dans le cas où il n'y a *aucune cause valable* qui l'empêche de courir ». Et, s'il cite, ensuite, quelques-unes de ces *causes valables,* c'est, manifestement, à titre d'exemples, et, nullement, dans le but d'en donner une énumération limitative.

C'est, d'ailleurs, ainsi que l'entendent les commentateurs musulmans. Ils ne s'en tiennent pas, pour déterminer les cas dans lesquels l'inaction peut être tenue pour excusable, à la lettre des textes, et, aux cas prévus par ceux-ci, ils en ajoutent d'autres. C'est ainsi que, malgré que les textes ne le disent pas, certains commentateurs estiment que « le propriétaire est excusable d'avoir gardé le silence, s'il ne savait pas où trouver ses preuves, ou ses titres de propriété, qu'il a trouvés ensuite » (2).

Dans de telles circonstances, il est permis de se demander si le failli étant, comme le mineur ou le dément, frappé d'interdiction générale et dessaisi de l'administration de ses biens, il n'y a pas lieu de décider, en dépit du silence des textes, sur ce point, que de même que la prescription ne court pas contre le mineur ou le dément, de même, aussi, elle ne court pas contre le failli. — Or, il est bien vrai que le failli n'est point en situation d'interrompre, lui-même, la prescription qui court à son détriment, puisque l'interdiction dont il est atteint lui a enlevé l'exercice de tous ses droits, sauf de ceux « attachés à sa per-

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1698.

(2) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 336. — Cf. *Medjellat*, art. 1668.

sonne, comme de répudier, divorcer... » (1). Mais, ses créanciers peuvent le faire en son lieu et place, puisqu'ils peuvent exercer les droits et actions lui appartenant (2) ; — et ils ne se refuseront jamais à le faire, étant donné qu'ils sont directement intéressés à sauvegarder les droits de leur débiteur. — Enfin, faire bénéficier le failli d'un arrêt dans le cours de la prescription, ce serait lui donner intérêt à dissimuler, à ses créanciers, l'existence des droits et actions lui appartenant. — Aussi, pensons-nous que l'interdiction qui frappe le failli, ne saurait l'autoriser à prétendre que, pendant tout le temps qu'a duré son état de faillite, la prescription n'a pu courir contre lui.

14. — Quoi qu'il en soit, certains faits, tels que l'absence ou l'interdiction pour cause de minorité, par exemple, constituent autant d'obstacles au cours de la prescription ; ils en reculent le point de départ, s'il s'agit d'une prescription qui commence ; ils en arrêtent le cours, s'il s'agit d'une prescription commencée. Or, envisagés à ce dernier point de vue, ces faits doivent être rapprochés de certains autres, qui n'empêchent pas, à proprement parler, la prescription de courir, mais qui ont, eux aussi, pour effet, lorsqu'ils se produisent, d'en briser le cours, et auxquels la loi française attribue la vertu de provoquer ce qu'elle appelle une interruption de la prescription, soit naturelle, soit civile (3). L'un se réfère à la prescription extinctive des actions réelles, l'autre à celle des actions tant personnelles que réelles.

a). — Le possesseur d'un immeuble peut exciper de l'extinction, par la prescription, de l'action en revendication appartenant au propriétaire, lorsqu'il a possédé cet immeuble pendant dix ans. Mais si, avant que la prescription ne lui soit acquise, il perd la possession, la prescription cesse de courir à son profit. En d'autres termes, l'interruption dans la possession se traduit par un arrêt dans le cours de la prescription. Les textes ne le

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 436.

(2) *Eod. loc.*, art. 438.

(3) V. art. 2242 et suiv. C. civ.

disent pas formellement, car ils n'exigent pas, en termes exprès, pour la réalisation de la prescription, une possession décennale ininterrompue ; cette solution n'en est pas moins parfaitement conforme à leur esprit. Car, la seule possession que la loi musulmane prenne en considération et protège, c'est la possession non interrompue. « La possession, dit, en effet, Khalil, s'établit par la jouissance non précaire, paisible, sans conteste, pendant une durée d'environ dix mois, *sans interruption légale* qui soit à la connaissance des témoins, ainsi qu'ils sont tenus de le déclarer » (1). — Et, comme celui qui invoque la prescription doit, ainsi qu'on le verra par la suite, justifier de sa possession, et que cette justification ne peut être considérée comme faite que si la possession alléguée est *sans interruption légale*, on est autorisé à dire, qu'en droit musulman, la réalisation de la prescription suppose une possession ininterrompue.

En droit français, il en est de même ; toutefois, le cours de la prescription n'est arrêté qu'autant que l'interruption dans la possession a été d'une certaine durée ; la prescription n'est interrompue que si le possesseur a été privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose. Or, il est à remarquer que, passé ce délai, le possesseur ne peut plus agir au possessoire ; si bien que le législateur français semble ne considérer la possession comme interrompue, que lorsqu'elle ne peut plus être recouvrée par la voie d'une action possessoire (2).

Or, en droit musulman, comme en droit français, ce n'est qu'autant que l'interruption dans la possession a été d'une certaine durée, que cette possession cesse d'être protégée. D'après Khalil, en effet, « le fait d'une possession antérieure, lorsqu'elle a été suivie d'une longue interruption, ne suffit pas pour obtenir la réintégrande » (3). Ce n'est donc qu'autant qu'il y a eu *longue interruption*, que la réintégrande n'est plus possible. Mais, quelle doit être la durée de l'interruption, pour que

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1666.

(2) V. art. 2243 C. civ. ; — et 23 Pr. C.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1671.

celle-ci puisse être qualifiée de *longue interruption*? — Il semble bien, qu'en matière de possession, par *longue durée*, il faille entendre une durée d'au moins dix mois. Car, on lit dans Khalil que « la notoriété publique peut servir de base à une preuve testimoniale, pour établir : 1° Qu'un tel est propriétaire d'une chose qu'il a entre les mains depuis de longues années..., et dont il use et abuse en pleine discrétion depuis un *assez long temps (ou environ une durée d'au moins dix mois)...* » (1). — « Pour établir le droit de propriété (par preuve testimoniale), en faveur d'un individu..., il faut que tous les témoins déclarent (explicitement) : ... 3° Qu'il a eu la chose en sa puissance pendant une *durée de temps assez longue, au moins dix mois...* » (2). — En sorte que ce n'est qu'autant que la cessation de la possession remonte à plus de dix mois, que la réintégrande n'est plus recevable; ce n'est qu'à cette condition qu'il y a *interruption légale* dans la possession, et que peut se produire un arrêt dans le cours de la prescription.

b). — Un autre fait, également de nature à briser le cours de la prescription, mais qui se réfère à la prescription extinctive des actions, tant personnelles que réelles, — est la contestation élevée par celui au détriment de qui la prescription est en train de s'accomplir. « Aucune demande ni preuve, dit Khalil, ne pourra être entendue contre le possesseur non parent, ni allié, ni copropriétaire, ni associé du demandeur, après dix années de jouissance effective, non *contestée* par lui » (3). Et, on lit dans la *Tohfat* d'Ebn Acem qu' « est déchu de tout droit, le demandeur qui, étant présent, n'a soulevé aucune *contestation* à ce sujet » (4). De là résulte que l'absence de contestation est une condition *sine qua non* de la réalisation de la prescription ; ce qui permet d'affirmer que l'existence d'une contestation empêche cette réalisation.

Cette contestation peut se présenter sous la forme d'une

(1) Khalil, *trad. Perron,* t. v, p. 257 et 258.
(2) *Eod. loc.*, p. 311.
(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1698.
(4) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1228.

demande en justice. « Le demandeur, est-il dit dans la *Tohfat*, s'il prouve qu'il a *agi contre son adversaire* dans le délai de l'usucapion, tirera de cela profit » (1). Mais, n'est-il de contestation efficace qu'à cette condition? — MM. Houdas et Martel enseignent l'affirmative : « Il faut, disent-ils, qu'il s'agisse d'une contestation portée devant le magistrat » (2). — Cependant, si l'on remarque que les mots : contestation, n'ont pas de sens juridique précis, déterminé, — qu'Ebn Acem dit, simplement, que le demandeur tirera profit de la poursuite judiciaire intentée par lui, mais ne déclare nullement qu'il ne tirera profit que de cette poursuite, — qu'enfin, le formalisme n'est pas l'un des traits caractéristiques de la législation musulmane, — on arrive à cette conclusion, qu'il n'est pas nécessaire, pour que la prescription cesse de courir, qu'une citation en justice ait été lancée, et que le même résultat se trouve atteint par toute protestation, quelle qu'en soit la forme, portée à la connaissance de celui au profit de qui la prescription s'accomplit.

15. — Mais, ce résultat, quel est-il exactement? — Il s'agit d'une prescription en cours, et celui au détriment de qui elle se réalise s'absente, est frappé d'interdiction, ou bien, encore, actionne devant le cadi celui qui doit bénéficier de cette prescription ; il se produit dans le cours de celle-ci un arrêt. Y a-t-il alors suspension, ou bien interruption de la prescription? — L'intérêt de la question est connu; lorsque les circonstances sont telles que la prescription puisse courir à nouveau, le temps pendant lequel elle a couru antérieurement est considéré comme utile, au point de vue du calcul des délais, au cas de suspension ; — dans l'hypothèse d'interruption, il n'en est tenu aucun compte. — A quelles solutions les jurisconsultes musulmans se sont-ils arrêtés? — Le silence des textes sur ce point nous oblige, après avoir formulé la question, à la laisser sans réponse.

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1235.

(2) *Eod. loc.*, p. 668, note 1158. — On lit, également, dans l'art. 1666 de la *Medjellat :* « La demande extra-judiciaire n'interrompt point la prescription ».

II

16. — La prescription extinctive des actions réelles présente, en droit musulman, cette particularité qu'elle n'implique pas seulement l'inaction, l'abstention du titulaire du droit, — mais aussi la réalisation de conditions auxquelles se trouve, normalement, subordonnée la prescription acquisitive. C'est ainsi que, pour que le possesseur d'un immeuble puisse faire rejeter la revendication du propriétaire, il ne suffit pas que celui-ci ait gardé le silence pendant dix ans, — il faut, de plus, que le possesseur ait joui, pendant le même laps de temps, du bien revendiqué, et que, notamment, il en ait joui à titre de propriétaire (1).

Voici, du reste, en quels termes Khalil a précisé les conditions de réalisation de la prescription : « Aucune demande ni preuve ne pourra être entendue contre le possesseur non parent, ni allié, ni copropriétaire, ni associé du demandeur, après dix années de jouissance effective, non contestée par lui, bien que présent et non empêché, à moins que la possession n'ait été, dans l'origine, à titre précaire, comme en vertu d'un droit d'habitation. — La prescription décennale ne courra, en faveur du possesseur contre son copropriétaire ou associé, non parent, ni allié, que du jour où il aura affirmé sa possession en détruisant une construction existante ou en élevant une construction nouvelle. — A l'égard de son parent ou allié, la prescription ne lui sera acquise que par quarante ans, suivant une jurisprudence, et par dix ans suivant une autre, du jour d'un des actes contraires au droit du revendiquant, tels que ceux ci-dessus spécifiés. — En matière mobilière, le temps nécessaire pour prescrire entre parents, alliés, associés ou copropriétaires, est le même qu'en matière immobilière ; — entre étrangers, il est de

(1) Il est, en droit français, un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles les choses ne se passent pas autrement. — V. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 324, note 2.

deux ans, s'il s'agit d'un animal servant de monture ou d'une esclave servant de domestique ; — de trois ans, s'il s'agit d'un esclave mâle ou de tout autre objet mobilier » (1).

De là résulte que l'exception tirée de la prescription ne peut triompher de la revendication, qu'autant qu'il est justifié d'une jouissance effective, — non contestée, — exercée à titre de propriétaire, — et d'une certaine durée.

17. — De ces divers caractères que doit présenter la possession du défendeur, il en est un seulement qui demande un examen quelque peu détaillé : c'est celui qui se réfère à la durée.

Lorsque le propriétaire et le possesseur sont étrangers l'un à l'autre, — c'est-à-dire lorsqu'ils ne sont ni parents, ni alliés, ni associés, ni copropriétaires, — la durée de la possession exigée, pour que la prescription soit acquise au possesseur, varie suivant que le bien possédé est un meuble ou un immeuble.

En matière immobilière, le délai requis est, en principe, de dix ans chez les Malékites (2), — et, chez les Hanéfites, de quinze ans (3). — Il est généralement porté, dans les deux rites, à trente-trois ans, lorsque le bien possédé a fait l'objet d'une constitution de habous (4).

« Le wakf, dit, en effet, Ebn Abdine, se prescrit par trente-trois ans » (5). De même, le règlement égyptien sur les mehkémés, sanctionné par décret du 9 redjeb 1297, porte, dans son article 14, que « les actions se prescrivent par quinze ans, sauf en matière de succession et de *wakf, où elles ne se prescrivent que par trente-trois ans* ». Et les juridictions d'Égypte et de

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1698, 1699, 1700 et 1702.

(2) Neuf ans, d'après certains docteurs malékites; huit ans, d'après certains autres. — Cf. Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1234.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1698 ; — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1227 ; — Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 240.

(4) Consulter, en ce qui concerne le rite malékite, l'ouvrage de M. Clavel sur le *Wakf ou Habous*, t. I, p. 320, — et, pour le rite hanéfite, le traité de MM. Benoît Adda et Elias D. Ghalioungui, le *Wakf ou immobilisation d'après les principes du rite hanéfite*, p. 34, n° 71.

(5) Benoît Adda et Elias D. Ghalioungui, *op. cit.*, p. 34, n° 71.

Tunisie décident, en conséquence, que la prescription n'est acquise au possesseur d'un wakf que par trente-trois années de possession, au moins (1).

Il est à remarquer, toutefois, qu'Ibrahim Halebi a adopté le délai de trente-six ans (2), et que ce délai est celui que consacre l'article 1661 du code civil ottoman.

Comment s'explique, en la circonstance, la prolongation du délai de prescription ? — Vraisemblablement, par le désir des jurisconsultes musulmans d'empêcher que, par la négligence des administrateurs de biens habous, qui n'ont point un intérêt direct à interrompre la prescription, la réalisation du but pieux poursuivi par le constituant ne se trouvât compromise. Ils ont eu en vue l'intérêt de la fondation pieuse ; ils n'ont pas été jusqu'à déclarer imprescriptible l'action qui sanctionne le droit du bénéficiaire ; ils se sont efforcés, simplement, de rendre la prescription moins fréquente, en en rendant plus difficiles ses conditions de réalisation.

18. — En matière mobilière, les délais sont beaucoup plus courts ; et la raison en est, sans doute, dans la législation musulmane, comme dans celles où des dispositions analogues se rencontrent, que le commerce des meubles n'est possible qu'à la condition de soustraire très rapidement l'acquéreur à toute revendication.

On ne saurait, d'ailleurs, en ce qui concerne la durée de ces délais, formuler de solution certaine, les jurisconsultes musulmans paraissant ne s'être point mis d'accord sur ce point. A ne consulter que la *Tohfat*, on pourrait être tenté de croire qu'à chaque catégorie d'effets mobiliers, correspond une prescription d'une durée spéciale. Voici, en effet, comment s'exprime Ebn Acem : « Pour les biens autres que les immeubles, l'usucapion

(1) Cour d'appel mixte d'Égypte, 31 décembre 1890 ; *Bul. jud.*, 3e an., p. 103 ; — 17 novembre 1892 ; *Bul. jud.*, 5e an., p. 12 ; — 24 novembre 1892 ; *Bul. jud.*, 5e an., p. 15 ; — Tunis, 27 mai 1895 ; *J. tr. T.*, 1895, p. 464 ; — Alger, 15 octobre 1901 ; *Rev. Alg.*, 1902, 2, 14 ; — Trib. mixte Tun., 23 avril 1904 ; *Rev. Alg.*, 1905, 2, 171.

(2) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 240.

par les étrangers s'accomplit après une ou deux années, s'il s'agit de vêtements. — En ce qui concerne les bêtes de somme, le délai requis pour l'usucapion est de deux ans ou davantage. — A l'égard des esclaves, il faut trois ans ou davantage pour parfaire l'usucapion, s'ils sont employés comme domestiques » (1). — Alors que Khalil nous dit qu'en matière mobilière, le temps nécessaire pour prescrire, entre étrangers, est « de trois ans, s'il s'agit d'un esclave mâle ou de tout autre objet mobilier » (2). D'où il paraît résulter que le délai de trois ans est, en matière mobilière, le délai normal, le délai de droit commun, celui dont, à défaut de disposition législative spéciale, doit justifier le possesseur.

19. — Quand le possesseur et le propriétaire sont parents, alliés, associés ou copropriétaires, on ne distingue plus suivant que le bien possédé est un meuble ou un immeuble. « En matière mobilière, déclare Khalil, le temps nécessaire pour prescrire entre parents, alliés, associés ou copropriétaires, est le même qu'en matière immobilière » (3).

Mais, ce *temps nécessaire*, dans le rite malékite, varie suivant le plus ou moins de gravité des actes par lesquels se manifeste la possession de celui qui prescrit (4), — le plus ou moins d'étroitesse des liens résultant de la parenté, de l'alliance ou d'une communauté d'intérêts, et unissant celui qui possède à celui au détriment de qui la possession s'exerce, — et le caractère, bon ou mauvais, des relations qu'ils entretiennent. C'est ainsi que, suivant les circonstances, ce *temps nécessaire* est, tantôt de dix, tantôt de vingt, tantôt de quarante ans (5).

20. — *a)*. — Si, par exemple, celui qui possède au détriment

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1244, 1245 et 1246.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1702.

(3) *Eod. loc.*

(4) « Quant aux proches, le délai d'usucapion varie selon que diffère le mode de jouissance » (Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1239).

(5) Le rite hanéfite semble ne pas admettre toutes ces distinctions. — Tunis, 21 décembre 1898 ; *J. Robe*, 1899, p. 151.

de son *parent* ou de son *allié*, se borne à maintenir le bien possédé en rapport et à en percevoir les fruits, la prescription ne lui est, alors, acquise qu'au bout de quarante années de possession (1). — Les docteurs musulmans ont, en effet, pensé que des actes de cette nature, bien qu'accomplis en violation des droits d'un parent ou d'un allié, doivent, en raison de leur peu de gravité et des liens de famille existant entre les parties en cause, s'interpréter, de prime abord, comme des actes de simple tolérance (2). — Et, ce n'est qu'autant que ces actes, s'étant répétés pendant un temps très long et constituant, alors, une grave atteinte aux droits de ce parent ou de cet allié, ne peuvent plus s'expliquer par l'idée de tolérance, que les docteurs musulmans consentent à ce que ces actes puissent servir de fondement à la prescription.

b). — Si le possesseur ne s'est point borné à user ou à jouir du bien possédé par lui, et s'il a consenti, relativement à ce bien, des actes de disposition, tels que vente ou affranchissement, le délai de prescription est réduit à dix ans (3). Ce sont là, en effet, des actes que, même entre parents ou alliés, on ne se tolère guère, et la prolongation du délai ordinaire de la prescription ne se justifie plus.

Mais, il se peut que les actes accomplis, sans atteindre un pareil degré de gravité, manifestent, cependant, d'une façon très nette, la volonté, chez le possesseur, de se comporter en propriétaire. Le possesseur a, par exemple, construit, démoli ou planté sur le fonds. — Certains docteurs musulmans se contentent, alors, d'une possession décennale. Mais, d'autres exigent qu'il soit justifié d'une possession de quarante ans (4).

c). — Si le possesseur et le propriétaire sont *parents en ligne*

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1240 et 1241. — Tunis, 21 décembre 1898; *J. Robe*, 1899, p. 151; — Alger, 21 juin 1902; *Rev. Alg.*, 1902, 2, 403.

(2) Tunis, 11 juin 1894; *Rev. Alg.*, 1894, 2, 439; — 6 juillet 1898; *Rev. Alg.*, 1899, 2, 19.

(3) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1242.

(4) *Eod. loc.*, art. 1243 et note 1165.

directe, quarante années de jouissance exclusive ne suffisent plus pour faire acquérir la prescription (1). On exige, alors, du possesseur, des actes qui, par leur nature et les conséquences préjudiciables qu'ils peuvent entraîner, rendent irrecevable, même entre parents aussi proches, toute présomption de tolérance. Le délai de prescription varie, alors, avec le degré de gravité de ces actes.

Si, par exemple, la possession pratiquée par le fils au détriment de son père, ou inversement, s'est manifestée par la destruction ou l'édification d'une construction, et qu'on ne puisse voir, dans les travaux accomplis, des mesures de préservation ou de conservation (2), la prescription est acquise, soit par vingt ans de possession, suivant les uns, — soit par quarante ans, selon les autres (3).

Et, si les actes accomplis par le possesseur sont des actes d'aliénation, vente ou donation, par exemple, au bout de dix années de possession, la prescription est accomplie (4).

d). — Entre *parents ou alliés*, quels qu'ils soient, et encore que le possesseur se serait borné à user ou à jouir du bien possédé, le délai de prescription est ramené à dix ans, lorsqu'il y a mésintelligence. « En cas d'inimitié, dit, en effet, Ebn Acem, même délai que pour les étrangers » (5). Il s'agit, en l'espèce, de parents ou alliés vivant comme des étrangers, qui, même, à raison de l'inimitié existante, sont portés à se faire moins de concessions qu'on ne s'en fait, d'ordinaire, entre étrangers ; si bien que les raisons pouvant expliquer une prolongation du délai de prescription, ne se rencontrent pas ici.

e). — Entre *copropriétaires* ou *associés étrangers*, c'est-à-dire

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1701.

(2) « Par ces mots: « a détruit et a construit », on entend.... que ce qui a été détruit ou reconstruit ne menaçait pas de tomber, car ces destructions et reconstructions ne seraient point, alors, une cause de péremption pour les droits du propriétaire premier » (Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 338).

(3) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 340.

(4) *Eod. loc.*, p. 339.

(5) *Op. cit.*, vers 1241.

non parents (1), — ce n'est qu'autant que la possession s'est manifestée par des actes, tels que : édification ou destruction d'une construction, que la tolérance cesse de se présumer et que la prescription peut s'accomplir (2). — Mais cette prescription se réalise, alors, par dix années de possession, à compter des travaux de destruction ou d'édification » (3).

f). — Enfin, lorsque les *copropriétaires ou associés* sont *parents*, et que la possession pratiquée par l'un d'eux, au détriment des autres, s'est révélée par des actes, tels que démolition ou édification d'une construction, il devrait, semble-t-il, en être de même, et, c'est par dix ans que la prescription devrait pouvoir s'accomplir ; car, ce sont là des actes, qu'entre copropriétaires ou associés, même parents, on ne se passe guère. Et, cependant, il y avait controverse sur ce point. Khalil nous dit, en effet, qu'en l'espèce, « la prescription est acquise par quarante ans, suivant une jurisprudence, et par dix ans, suivant une autre, du jour d'un des actes contraires au droit du revendiquant, tels que ceux ci-dessus spécifiés » (4). — Certains jurisconsultes estimaient donc que, lorsque les copropriétaires ou associés sont, en même temps, parents, il y a deux raisons pour une de présumer la tolérance, — que la gravité des actes accomplis ne suffit plus pour faire écarter cette idée de tolérance, — et qu'il faut, qu'à ces actes, se joigne une possession d'une durée de quarante années.

21. — Lorsque toutes les conditions requises pour que la prescription puisse s'accomplir se trouvent réunies, quels sont les effets de cette prescription accomplie ?

Il résulte des explications qui précèdent (5), que le possesseur

---

(1) Les copropriétaires ou associés sont tenus pour étrangers, encore qu'ils seraient alliés. « Les parents par alliances matrimoniales sont considérés comme étrangers, en fait de copropriété » (Khalil, *trad. Perron,* t. v, p. 339).

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1699.

(3) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 338.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1700.

(5) V. *sup.*, n° 3.

n'est pas devenu propriétaire et que l'effet de la prescription est purement extinctif.

Mais, quel est exactement cet effet ? — Ce qui est éteint par la prescription, est-ce le droit dont l'exercice a été négligé pendant un certain temps ? — Est-ce, simplement, l'action qui sanctionne ce droit ?

La prescription n'entraîne pas l'extinction du droit. L'art. 1674 de la *Medjellat* le dit formellement. « Le fait, porte, en effet, cet article, de ne pas exercer un droit pendant un temps plus ou moins long, n'en entraîne pas la déchéance ».

La prescription éteint, simplement, l'action qui sanctionne le droit. Encore cette extinction ne se produit-elle qu'au profit de celui à qui la prescription est acquise ; et, si l'action cesse d'être recevable, c'est, seulement, contre lui qu'elle ne l'est plus. C'est là ce qui résulte des textes suivants : « Les actions... *ne sont plus recevables,* si elles n'ont pas été exercées pendant quinze ans » (1). — « *Aucune demande,* ni preuve, *ne pourra être entendue contre le possesseur...,* — après dix années de jouissance effective » (2).

22. — De ce fait que la prescription a, simplement, pour effet de rendre non recevable l'action en revendication du propriétaire, et de ne la rendre non recevable que lorsqu'elle est intentée contre celui au profit de qui la prescription s'est accomplie, découlent les conséquences suivantes :

a). — Le possesseur, n'étant pas devenu propriétaire, n'a pas la revendication. S'il perd la possession, il ne pourra, pour la recouvrer, qu'agir au possessoire.

Encore, n'a-t-il pas la certitude de triompher contre tout possesseur. Il succomberait, notamment, si le nouveau possesseur était l'ancien propriétaire, car, dit Khalil, celle des parties « qui produira juste titre de sa propriété, aura gain de cause sur celle qui prouvera seulement sa possession » (3). — Il succom-

(1) *Medjellat*, art. 1660.
(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1698.
(3) *Eod. loc.*, art. 1664.

berait, également, s'il avait trop attendu pour agir, le fait d'une possession antérieure ne suffisant pas pour obtenir la réintégrande, lorsqu'elle a été suivie d'une longue interruption (1).

b). — La prescription commence à courir, non pas à compter du moment où le droit existe, mais, seulement, à compter du moment où il est sanctionné par une action... C'est là, d'ailleurs, ce que constate l'art. 1667 de la *Medjellat*, dans les termes suivants : « La prescription ne commence à courir que du jour où l'objet de l'action est devenu exigible ».

c). — Si le titulaire du droit peut l'exercer autrement que par voie d'action, il lui est permis de le faire, même contre celui au profit de qui la prescription s'est accomplie. — Si, par exemple, le propriétaire d'un fonds a laissé pratiquer, alors qu'il aurait été en droit de s'y opposer, des ouvertures sur son fonds par un voisin, et que dix ans se soient écoulés sans réclamation de sa part, la suppression de ces ouvertures ne peut plus être obtenue par voie d'action ; mais, ce propriétaire ne saurait être empêché d'obstruer, par une construction édifiée sur son terrain, ces ouvertures, à quelque époque qu'elles aient été pratiquées (2).

d). — Le titulaire du droit conserve la faculté de l'exercer, même par voie d'action, contre toute personne autre que celle au profit de qui la prescription s'est accomplie. — Si, par exemple, le possesseur, qui était en situation d'exciper de la prescription, a cessé de posséder, le propriétaire peut revendiquer utilement contre le nouveau possesseur, qui n'a pas possédé un temps suffisamment long pour que la prescription lui soit acquise, — à moins, toutefois, que ce nouveau possesseur ne soit l'ayant cause du précédent, et ne soit, alors, autorisé à joindre, à sa possession, celle de son auteur. Car, il semble bien que le droit musulman, comme le droit français, admette la *jonction des possessions* (3).

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1671.

(2) Trib. mixte de Tunisie, 12 janvier 1903; *J. tr. Alg.*, 25 janvier 1905.

(3) Rien n'autorise à penser, quoi qu'on en ait dit, que la loi musulmane,

III

23. — Les actions personnelles sont-elles, comme celles qui sanctionnent les droits réels, — le droit de propriété, par exemple, — susceptibles de s'éteindre par la prescription ?

Dans le rite hanéfite, la solution n'est pas douteuse. « Toutes les actions, en général, dit Ibrahim Halebi, sont prescrites par quinze ans » (1). Toutes les actions ; — donc, les actions personnelles aussi bien que les actions réelles. Et c'est en ce sens que se sont, à différentes reprises, prononcés les tribunaux tunisiens (2).

Mais, dans le rite malékite, la question n'est pas aussi facile à résoudre. On rencontre, il est vrai, certains textes qui, dans des hypothèses tout à fait spéciales, viennent imposer au créancier l'obligation d'agir dans un certain délai. C'est ainsi, qu' « après dix ans, une personne présente perd le droit de réclamer contre un préjudice qui lui a été causé » (3). De même, « dans le cas de réclamation pour cause de lésion en matière de vente, il est nécessaire qu'il ne se soit pas écoulé une année » (4). — « Celui qui achète une chose et qui, ensuite, découvre en elle un vice, est privé de tout recours s'il ne réclame

---

comme la loi française, ait admis la saisine. Les héritiers du possesseur peuvent bien réclamer les objets dont leur auteur avait la possession, solliciter et obtenir un envoi en possession de ces biens ; mais, aucun texte, à notre connaissance tout au moins, ne permet d'affirmer que ces héritiers sont réputés, de plein droit, continuer la possession de leur auteur. — Il n'en est pas moins vrai que si, après avoir pris possession, ces héritiers sont actionnés en revendication, ils sont en droit, pour invoquer la prescription, d'exciper, non seulement de la possession qui leur est propre, mais aussi de celle qui a été pratiquée par leur auteur ; ils peuvent joindre ces deux possessions. — Cf. El Kharchi, *op. cit.*, 7e part., p. 243; — Benoît Adda et Elias D. Ghalioungui, *op. cit.*, part. spéc., p. 34, n° 71.

(1) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. VI, p. 240.

(2) Tunis, 25 janvier et 29 février 1892 ; *Rec. Alg.*, 1892, 2, 153 ; — 3 décembre 1894 ; *Rec. Alg.*, 1895, 2, 70 ; — 19 novembre 1894 ; *Rec. Alg.*, 1895, 2, 14 ; — Sousse, 13 février 1896 ; *Rec. Alg.*, 1896, 2, 466.

(3) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1490.

(4) *Eod. loc.*, vers 910.

sur-le-champ. Il encourt déchéance toutes les fois qu'après avoir eu connaissance du vice, il fait usage de l'objet » (1). — « Toute réclamation pour cause de lésion (dans le partage), si elle se produit après un long temps et qu'il y ait eu jouissance, est irrecevable » (2). — « Celui qui laisse passer plus d'un an sans user du retrait, perd son droit, s'il est présent. — S'il est absent, son droit subsiste. Il en est de même pour toute personne ayant une excuse qui l'empêche d'exercer le retrait. — Toutes les fois que le père et le tuteur testamentaire ont négligé d'agir dans le délai fixé, il est de règle qu'ils encourent déchéance » (3).

Mais, ces points spéciaux mis à part, il n'y a plus, dans la doctrine, que des incertitudes. D'après certains jurisconsultes, le Coran aurait posé en principe que le droit d'un Musulman ne saurait devenir nul, lors même qu'il serait ancien (4) ; aussi, pour eux, « la prescription n'atteint jamais une dette qui a été avouée, reconnue, constatée, car il est de principe, universellement admis et répété, que le droit du Musulman sur un dû ne périme jamais » (5). — Il est, par contre, des jurisconsultes qui admettent la prescription des actions personnelles ; seulement, tous ne s'accordent pas sur sa durée ; les uns adoptent le délai de vingt années, d'autres celui de trente ans (6).

La jurisprudence s'est refusée à reconnaître l'imprescriptibilité des actions personnelles. Mais, tandis que certaines décisions judiciaires posent en principe que c'est par dix ans que s'opère la prescription, d'autres se prononcent pour le laps de quinze années, d'autres, enfin, pour celui de trente ans (7). — La jurisprudence devait fatalement refléter les incertitudes de la doctrine, et il n'y a pas lieu de s'étonner des contradictions qu'elle présente sur ce point.

---

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 903 et 904.
(2) *Eod. loc.*, vers 979.
(3) *Eod. loc.*, vers 925, 926 et 927.
(4 et 5) Khalil, *trad. Perron*, t. v, p. 338 et 339.
(6) *Eod. loc.*
(7) Alger, 18 octobre 1890, *J. tr. fr. T.*, 1890, p. 340 ; 1er mai 1893, *J. tr. fr. T.*, 1893, p. 382 ; — Alger, 24 novembre 1890, *Rev. Alg.*, 1891, 2, 29 ; — Tunis, 17 juin 1896, *Rev. Alg.*, 1901, 2, 323 ; — Blida, 13 avril 1905, *J. Robe*, 1905, p. 217 ; — Sousse, 17 octobre 1907, *J. tr. T.*, 1908, p. 83.

IV

24. — Les explications qui précèdent montrent combien diffèrent, des règles françaises, les règles musulmanes qui gouvernent la prescription; combien, également, ces règles musulmanes varient avec les rites ; aussi, importe-t-il de déterminer nettement le champ d'application des unes et des autres. Or, en Algérie, c'est là chose quelque peu malaisée, par suite de la juxtaposition de personnes et de biens soumis à des statuts différents, et, aussi, en raison de ce fait que le statut qui régit une personne ou un bien déterminé, peut se trouver modifié brusquement par l'effet d'une naturalisation ou d'une francisation, par exemple. Des conflits s'élèvent alors, — tantôt entre la loi française et la loi musulmane, — tantôt entre les divers rites musulmans, — qu'il importe de trancher.

Ces conflits peuvent se produire en matière de prescription, soit d'actions réelles, — soit d'actions personnelles.

25. — *Conflits de lois relatifs à la prescription des actions réelles.*

A. *Conflits entre la loi française et la loi musulmane.* — Ces conflits naissent du passage d'un immeuble du statut musulman au statut français. Cette modification dans le statut de l'immeuble se produit lorsque, par exemple, le Musulman qui en est propriétaire est admis à la jouissance des droits de citoyen français, conformément aux prescriptions du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, ou se fait délivrer un titre français de propriété, en exécution de la loi du 16 février 1897 ; — elle s'opère, également, de plein droit, par la vente qui en est consentie à un Européen. Or, il se peut que le possesseur de cet immeuble, désormais soumis à l'empire de la loi française, soit actionné en revendication et se voie réduit, pour sa défense, à invoquer la prescription. Pourra-t-il se prévaloir, encore, des règles admises, en la matière, par la législation musulmane ? — Ou ne peut-il

invoquer la prescription qu'autant qu'elle lui est acquise d'après le droit français ? — Telle est la difficulté qui surgit immédiatement ; elle ne saurait être soulevée, du reste, il est à peine besoin de le faire observer, qu'autant qu'avant le passage de l'immeuble sous le statut français, le procès aurait dû se régler d'après les principes du droit musulman ; elle suppose donc une revendication intentée par un Musulman non citoyen français.

26. — Envisageons, tout d'abord, l'hypothèse où le passage de l'immeuble sous le statut français dérive de l'acquisition, par son possesseur musulman, de la qualité de citoyen français. Ce dernier a possédé pendant dix ans l'immeuble revendiqué contre lui ; toutefois, le juste titre ou la bonne foi lui faisant défaut, la prescription décennale du droit français ne lui est pas acquise ; ne peut-il, alors, invoquer la prescription décennale du droit musulman, et faire considérer comme éteinte, à son égard, l'action en revendication du demandeur ?

Tout dépend du point de savoir si les dix années de possession se trouvaient accomplies, déjà, le jour où l'immeuble s'est trouvé placé sous le statut français, — ou si ce laps de temps de dix années n'a pris fin qu'à une époque postérieure.

Lorsqu'au moment de sa naturalisation, le possesseur peut justifier d'une possession décennale, il doit être admis, — en dépit du passage de l'immeuble sous le statut français, et comme il eût pu le faire si la revendication avait été intentée plus tôt, — à exciper de la prescription musulmane.

Cette manière de voir soulève, il est vrai, l'objection suivante : la naturalisation respecte les droits acquis ; le Musulman naturalisé conserve la propriété ou la possession des biens dont, conformément à la loi musulmane, il pouvait se dire propriétaire ou possesseur avant sa naturalisation. Mais, si les juges français doivent maintenir le naturalisé dans la propriété ou la possession régulièrement acquise antérieurement à la naturalisation, la propriété ou la possession ne saurait, pour l'avenir, conférer au naturalisé d'autres prérogatives que celles attachées,

par la loi française, aux droits de possession ou de propriété. Le possesseur ne peut donc invoquer, à l'avenir, que les moyens de défense et de protection mis à sa disposition par la loi française ; et, comme la loi française n'admet pas que le seul fait de la possession décennale puisse faire échouer la revendication du propriétaire, le possesseur se verra enlever, par le propriétaire, un immeuble de la possession duquel il n'eût pu être évincé avant la naturalisation.

On pourrait, également, faire observer, dans le même sens, que l'exception tirée de la prescription se rattache aux formes de la procédure, et qu'un tribunal français, ne pouvant que se conformer aux règles de la procédure française, doit repousser cette exception, que la législation française ne connaît pas.

Nous ne croyons point, cependant, qu'en la circonstance, de semblables arguments puissent prévaloir. L'exception tirée de la prescription ne saurait, en effet, être rattachée aux formes de la procédure, car elle affecte le fond même du droit, puisqu'elle tend à faire considérer comme éteinte, à l'égard du possesseur, l'action en revendication qui sanctionne le droit du propriétaire, à supprimer, par conséquent, l'une des prérogatives par quoi se manifeste l'existence de ce droit (1).

D'autre part, s'il est vrai qu'une fois la francisation accomplie, la possession de l'immeuble ne saurait conférer, au possesseur, d'autres prérogatives que celles attachées par la loi française au fait de la possession, on ne peut, sans méconnaître la règle que la naturalisation ne rétroagit pas au détriment des droits acquis, priver le naturalisé du bénéfice de la prescription musulmane ; car, avant que la naturalisation ne fût intervenue, le possesseur avait déjà, grâce à la durée de sa possession, acquis le droit d'opposer la prescription à tout Musulman se prétendant propriétaire. Ce droit reste donc intact, en dépit de la naturalisation obtenue; le bénéfice de la situation antérieurement acquise par le naturalisé doit lui être conservé. Il n'en serait

---

(1) Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 3e édit., p. 280, n° 270.

autrement qu'autant que le maintien de cette situation porterait atteinte à l'ordre public français.

Or, l'intérêt de la France commande, au contraire, que la naturalisation des indigènes ne se retourne pas contre eux, et qu'elle n'ait pas pour conséquence indirecte de les dépouiller de biens dont la justice française, elle-même, aurait dû leur assurer la possession, si le procès s'était engagé avant qu'ils n'eussent acquis la qualité de citoyen. — Cela est si vrai, qu'une circulaire du Gouverneur général de l'Algérie, en date du 12 février 1879, a décidé que l'indigène musulman conserverait, en dépit de sa naturalisation, les droits que le sénatus-consulte du 22 avril 1863 a reconnus, au profit des membres de sa tribu, à la propriété de son territoire (1). Or, les droits respectés, ici, ce ne sont même pas des droits acquis, ce sont des droits simplement éventuels ; car, ainsi que l'a déclaré la Cour d'Alger, dans un arrêt du 3 juin 1897 (2), d'après le sénatus-consulte du 22 avril 1863, c'est la tribu, ou le douar après la répartition entre les douars des terres de la tribu, et non les habitants de la tribu ou du douar, qui est devenue propriétaire des terres collectives de culture ; et les possesseurs de ces terres ont, sur elles, jusqu'à la délivrance des titres individuels, en vertu de la loi du 26 juillet 1873, non un droit indivis de propriété, mais, seulement, un droit éventuel.

27. — Mais, l'on devrait refuser au défendeur le droit d'exciper de la prescription musulmane, lorsque les dix années de possession n'ont pris fin qu'à une époque postérieure à sa naturalisation.

La Cour d'Alger a cru devoir, dans un arrêt du 14 février 1894, consacrer la solution contraire, par cette raison qu' « il est de principe, en pareil cas, que c'est la loi de celui contre lequel on prescrit, et qui est tenu d'agir pour interrompre la prescription, qu'il faut envisager » (3). — Mais, le principe dont

(1) Estoublon et Lefébure, *Code de l'Algérie annoté*, p. 309, note *f*.
(2) Alger, 3 juin 1897, *Rev. Alg.*, 1898, 2, 1.
(3) *Rev. Alg.*, 1898, 2, 157.

l'existence est affirmée, par cet arrêt, est des plus contestables ; il suffit, pour s'en rendre compte, de voir à quelles conséquences inadmissibles il conduit. S'agissant, notamment, d'une contestation entre un Français d'origine et un Musulman, c'est conformément à la loi musulmane que devrait, alors, être résolue la question de savoir si le Français, défendeur à la revendication, est en situation d'opposer la prescription, — bien que, cependant, l'immeuble revendiqué, étant en la possession d'un Français, doive être présumé soumis au statut français, et qu'il soit admis, sans contestation aucune, que, pour les immeubles soumis à la loi française, la seule loi applicable, en matière de prescription, soit la loi française (1).

La vérité, c'est que si la prescription musulmane ne peut être opposée qu'à un Musulman, il ne suffit pas que le demandeur soit Musulman pour que la prescription musulmane puisse être invoquée contre lui ; il faut, de plus, que le défendeur établisse que la prescription de la loi musulmane lui est acquise ; que, notamment, il a possédé, conformément à cette loi, pendant le temps requis, l'immeuble revendiqué. — Or, le naturalisé, dans l'espèce, peut-il faire cette justification ? Évidemment non. La naturalisation entraîne, de plein droit, soumission de l'immeuble au statut français ; dès l'instant où elle est intervenue, tout litige relatif à cet immeuble ne peut se dénouer que conformément à la loi française, et le possesseur ne peut plus se prévaloir que d'une seule prescription, la prescription du droit français, à moins, toutefois, qu'avant la naturalisation, la prescription musulmane ne lui fût acquise. Or, tel n'est pas le cas, ici, puisqu'au moment de sa naturalisation, le possesseur ne pouvait justifier de dix années de possession.

On ne peut, du reste, prétendre que cette solution soit contraire à l'équité, que la naturalisation se retourne contre le naturalisé, qu'elle amoindrisse sa situation, puisque, si la revendication avait été intentée au moment où la naturalisation était sollicitée, elle eût triomphé. Que la prescription lui devienne

(1) Surville et Arthuys, *op. cit.*, p. 196, n° 168.

plus difficilement accessible, cela n'est pas douteux. Mais, l'équité n'exige nullement que la naturalisation améliore, à tous points de vue, la condition du naturalisé ; il suffit, pour que l'équité soit satisfaite, que la naturalisation ne lui fasse pas perdre des droits antérieurement et régulièrement acquis.

28. — Le passage de l'immeuble sous le statut français peut, également, provenir de ce que son possesseur s'est fait délivrer un titre français de propriété, en exécution de la loi du 16 février 1897, et l'on pourrait être, au premier abord, porté à croire que, de cette modification dans le statut de l'immeuble, il ne saurait naître de conflit. Cet immeuble est, en effet, soumis, à l'avenir, à la loi française, et celui auquel le titre de propriété a été délivré se trouve, par l'effet même de la délivrance, soustrait à toute espèce de revendication (1). Il est fait table rase du passé ; il n'y a plus à se préoccuper de l'époque où l'immeuble était régi par la loi musulmane ; dès lors, pas de conflit possible entre le droit musulman et le droit français.

Mais l'art. 8, *in fine*, de la loi de 1897, dispose que « toute réclamation ou revendication ultérieure n'ouvrira plus, au prétendant droit, qu'une action personnelle contre celui qui aura bénéficié de leur déchéance ». En sorte que toute réclamation, basée sur le passé, n'est pas interdite ; elle ne peut aboutir qu'à une condamnation pécuniaire, mais la question ne s'en pose pas moins de savoir si cette réclamation doit être jugée d'après la loi musulmane, ou conformément à la loi française.

Les circonstances dans lesquelles le bénéficiaire du titre français peut avoir intérêt à invoquer la prescription musulmane, sont les mêmes qu'au cas de passage de l'immeuble sous le statut français, par la naturalisation du possesseur, — et il n'y a pas de motifs pour donner aux difficultés qui s'élèvent, alors, des solutions différentes de celles qui ont été précédemment fournies.

29. — Au cas où un immeuble se trouve placé sous le statut

(1) Art. 2, 6 et 15 de la loi du 16 février 1897.

français, par la cession qu'en a consentie un Musulman à un Européen, celui-ci peut, très certainement, exciper de la prescription musulmane acquise à son auteur, si, placé dans la même situation, cet auteur eût été admis à l'invoquer. « La possession, disent, en effet, MM. Aubry et Rau, envisagée en elle-même et comme état de fait, n'est pas susceptible de passer, en réalité, d'une personne à une autre ; mais il en est autrement des avantages qui y sont attachés, et, notamment, des actions ouvertes à l'effet de s'y faire maintenir ou réintégrer. Ces avantages et ces actions passent, *ipso facto*, aux successeurs universels ou particuliers du possesseur, avec le droit probable dont la possession était l'exercice ou la manifestation » (1).

Mais, il se peut, qu'au moment où la cession a lieu, le vendeur ne puisse justifier d'une possession suffisamment longue pour que la prescription musulmane lui soit acquise. L'acquéreur européen, ne pouvant invoquer la prescription musulmane du chef de son auteur, ne peut opposer à la revendication que la prescription française. — Peut-il, alors, pour se prévaloir de celle-ci, joindre à la possession exercée par lui, depuis la francisation, celle pratiquée par son auteur, alors que l'immeuble était soumis au statut musulman ?

Non, a répondu la Cour d'Alger, dans un arrêt du 12 avril 1854, car « la loi musulmane n'admet pas la prescription comme moyen d'acquérir la propriété, et, par conséquent, la longue possession des vendeurs musulmans, avec tous les caractères requis pour opérer la prescription selon le droit français, ne pourrait être opposée à l'action en revendication » (2).

Cette décision mérite d'être pleinement approuvée. L'acquéreur, on l'a vu plus haut, ne peut opposer à la revendication que la prescription du droit français, c'est-à-dire la prescription acquisitive, et l'accomplissement de celle-ci suppose, en l'espèce, la possibilité d'une jonction des possessions. Or, si la loi française admet la jonction des possessions, elle ne l'autorise

---

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 98 et 99.

(2) Ménerville, *Jurisp.*, v° *Prescription*, n° 4.

qu'autant que la possession exercée par l'auteur était, elle-même, une possession à l'effet d'acquérir (1). La loi musulmane ne connaissant pas la prescription acquisitive, la possession du Musulman vendeur ne peut être considérée comme une possession à l'effet d'acquérir, et la jonction des possessions devient impossible.

30. — B. *Conflits entre rites musulmans.* — Un Musulman revendique un immeuble non francisé contre un autre Musulman. Le défendeur est un Malékite et soutient qu'ayant possédé pendant dix ans cet immeuble, la prescription lui est acquise; — le demandeur, Hanéfite, prétend que l'exception qui lui est opposée, n'est pas recevable, son adversaire ne pouvant se prévaloir de la prescription qu'après quinze années de possession. — Lequel des deux triomphera ?

Le défendeur, dit le tribunal de Tunis (2). C'est, en effet, le défendeur, aux termes de l'art. 9 d'un décret beylical du 25 mai 1876, qui a le choix du rite (3).

Pour ce qui est de l'Algérie, l'art. 25 du décret du 1er octobre 1854 et l'art. 20 du décret du 31 décembre 1859, décident que le choix du rite appartient, non pas au défendeur, comme en Tunisie, mais au demandeur. Or, les décrets de 1854 et de 1859 ont été abrogés par le décret du 30 septembre 1886, et ce dernier, pas plus, du reste, que le décret du 17 avril 1889 qui l'a remplacé, ne s'explique sur la façon dont se règlent les conflits entre rites musulmans. L'art. 5 du décret du 17 avril 1889 dit bien, qu'en matière réelle immobilière, la loi applicable est celle de la situation des biens; mais cela n'indique nullement, au cas où la loi musulmane devrait être appliquée, si le rite auquel il y a lieu de se conformer est le rite hanéfite ou le rite malékite.

Faut-il s'en tenir, aujourd'hui encore, à la solution consacrée

---

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 102 et 103.

(2) Tunis, 24 janvier 1894; *Rev. Alg.*, 1898, 2, 335; — 6 juillet 1898; *Rev. Alg.*, 1899, 2, 19; — 15 mai 1901; *Rev. Alg.*, 1901, 2, 394; — 1er avril 1908; *Rev. Alg.*, 1909, 2, 397. — Cf. *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi*, trad. Goguyer, p. 10; — *Medjellat*, art. 1803.

(3) Bompard, *Législ. de la Tunisie*, p. 279.

par les décrets de 1854 et de 1859, celle-ci étant l'expression de la doctrine musulmane traditionnelle, ainsi que l'affirme une note insérée dans la *Revue Algérienne*, sous un jugement du tribunal de Tunis, du 24 janvier 1894 (1)?

Nous ne le pensons pas. Il ne nous paraît pas, en effet, que la loi musulmane donne au demandeur le choix du rite. Khalil dit, il est vrai, que « le choix entre plusieurs juges d'un même ressort appartient au demandeur » (2); mais cela implique que ces divers juges d'un même ressort sont tous compétents à l'égard du défendeur ; cela suppose préalablement admis que le défendeur peut être traduit devant l'un quelconque de ces juges. — Mais, quel est le juge dont relève, en principe, le défendeur ? — C'est celui de son domicile, et cela même en matière réelle (3). Si donc le juge compétent, c'est celui dans la circonscription judiciaire duquel le défendeur a son domicile ; si c'est celui dont le défendeur relève quant au domicile, pourquoi ne serait-ce pas, aussi, celui dont il relève quant au rite ? les règles de compétence admises par la législation musulmane paraissant avoir été édictées dans l'intérêt du défendeur, bien plutôt que dans celui du demandeur.

Le choix du rite appartenant au défendeur, le défendeur malékite peut exiger que l'action intentée contre lui soit portée devant un cadi malékite ; et, c'est conformément au rite malékite que sera jugée la question de savoir si la revendication du demandeur est, ou non, prescrite, car « tout juge est tenu de prononcer conformément à l'interprétation de l'École à laquelle il appartient » (4).

En territoire civil, les cadis ont perdu toute compétence en matière réelle immobilière. Le défendeur à la revendication doit donc être actionné devant un tribunal français ; mais, la contestation devant se juger conformément à la loi musulmane, rien ne s'oppose à ce que, sur sa réclamation, les dispositions parti-

---

(1) *Rev. Alg.*, 1898, 2, 335, note 1.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1404.

(3) *Eod. loc.*, art. 1507 ; — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 26.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1388.

culières du rite qui est le sien ne lui soient appliquées. Mais, il se peut qu'en territoire de commandement, le défendeur soit moins bien traité, bien que les cadis puissent y juger tous les procès entre Musulmans. Il n'existe pas, dans toutes les circonscriptions judiciaires, des cadis malékites et hanéfites (1), et les magistrats d'un rite quelconque étant compétents à l'égard de tous les Musulmans, sans distinction, là où il n'existe qu'une mahakma d'un seul rite (2), il pourra très bien arriver qu'un Hanéfite soit traduit devant un cadi malékite ; et, comme le juge ne peut statuer que conformément à l'interprétation de l'École à laquelle il appartient, ce défendeur hanéfite ne pourra exciper des règles particulières admises par son rite, en matière de prescription.

31. — *Conflits de lois relatifs à la prescription des actions personnelles.*

A. *Conflits entre la loi française et la loi musulmane.* — Dans les territoires auxquels le décret du 17 avril 1889 est applicable, les Musulmans sont, en ce qui concerne la matière des obligations, régis par la loi française, — ce qui semble, de prime abord, exclure la possibilité d'un conflit entre le droit français et le droit musulman. Mais, il est toujours loisible aux indigènes de déroger, en cette matière, aux règles du droit français, lorsqu'elles n'ont rien d'impératif ; il est, même, assez naturel de supposer qu'ils ont, lorsqu'ils contractent entre eux, l'intention de le faire. C'est ainsi, du reste, que le législateur interprète leur volonté, puisqu'il les autorise à soumettre, dans certains cas, au cadi, leurs contestations personnelles et mobilières qui n'excèdent pas un certain taux (3), et, qu'évidemment, le cadi statuera conformément au droit musulman.

L'on peut alors se demander, — une convention ayant été conclue entre deux Musulmans et l'intention des parties ayant

(1) Il n'existe, à l'heure actuelle, de mahakma hanéfite qu'à Alger.
(2) Alger, 20 décembre 1875 ; Estoublon, *Jurispr. Alg.*, 1875, 53.
(3) Décret du 11 juin 1894.

été de déroger, dans la mesure où elles pouvaient le faire, à la loi française, — quelle loi, de la loi française ou de la loi musulmane, déterminera la prescription applicable à l'obligation du débiteur.

La Cour d'Alger a admis, dans un arrêt du 24 novembre 1890 (1), que, lorsque les parties avaient entendu contracter selon les usages musulmans, la prescription musulmane était applicable à l'action du créancier.

Il y a là une affirmation par trop absolue. Tout dépend, en la circonstance, du point de savoir si la matière de la prescription est, ou non, d'ordre public, et s'il est possible de déroger, par convention, aux règles qui la gouvernent. Or, « l'ordre public exige, en général, sauf quelques restrictions, que le temps de la prescription ne soit pas augmenté par une renonciation anticipée, mais il n'exige point qu'il ne soit pas raccourci. La convention des parties doit donc, ici, s'exécuter. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens » (2). — Il faut donc reconnaître aux indigènes musulmans, lorsqu'ils contractent, la faculté de s'en référer, expressément ou implicitement, aux règles du droit musulman en matière de prescription ; mais il y aurait lieu d'écarter l'application de la loi musulmane toutes les fois qu'il en résulterait une augmentation des délais de la prescription.

32. — Des conflits peuvent encore s'élever entre les lois musulmane et française, lorsqu'une convention étant intervenue entre deux Musulmans, et cette convention étant régie par la loi musulmane (3), l'une des parties acquiert, par la suite, la qualité de citoyen français. Cette naturalisation n'influe-t-elle pas sur la loi applicable à la convention, et, notamment, sur les règles qui gouvernent l'extinction de l'obligation du débiteur, par la prescription ? — La difficulté serait, du reste, la

(1) *Rev. Alg.*, 1891, 2, 29.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la Prescription*, p. 65, n° 96.

(3) Il en est ainsi, notamment, des conventions entre indigènes du territoire militaire.

même, au cas où le créancier musulman viendrait à céder ses droits à un Français d'origine.

De semblables conflits ne sauraient retenir longtemps l'attention. Un contrat est l'œuvre commune des contractants, et non d'un seul d'entre eux, seulement ; en sorte que l'une des parties ne peut, par sa seule volonté ou son seul fait, porter atteinte à la situation que l'autre tient du contrat.

Le contrat s'est formé sous l'empire de la loi musulmane ; il y restera soumis, en dépit de la naturalisation de l'une des parties ou de la cession, par le créancier, de ses droits à un Européen.

33. — B. *Conflits entre rites musulmans.* — Un Musulman est débiteur d'un autre Musulman ; poursuivi en paiement de sa dette, il oppose la prescription. En l'espèce, nous le supposons, la contestation doit être jugée conformément à la législation musulmane ; mais les parties en cause appartiennent à des rites différents. D'après quel rite sera résolue la question de savoir si la prescription est acquise au défendeur ?

Les textes ne fournissent, sur ce point, aucun élément de solution. L'article 2 du décret du 17 avril 1889 décide bien, qu' « en matière personnelle et mobilière, le juge tiendra compte, dans l'interprétation des conventions, dans l'appréciation des faits et dans l'admission de la preuve, des coutumes et usages des parties ». Mais comme celles-ci, dans l'hypothèse qui nous occupe, relèvent de coutumes et usages différents, la difficulté reste entière.

De même, le décret du 27 août 1874, applicable aux ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie, dispose, dans son article 3, qu' « entre indigènes arabes... soumis à des lois différentes, quant à l'objet de la convention ou de la contestation, la loi applicable sera... en matière personnelle et mobilière, celle (la loi) du lieu où s'est formé le contrat, ou, à défaut de convention, la loi du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation ». Et le texte ajoute : « Si les parties ont indiqué, lors du contrat, à quelle loi elles entendent se soumettre, cette loi sera appliquée ». En somme, ce qu'il

faut connaître, avant tout, c'est l'intention des parties. Or, il est évident que des Arabes, même appartenant à des rites différents, lorsqu'ils contractent en Kabylie, entendent placer leur convention sous l'empire de la loi musulmane plutôt que sous l'empire des coutumes kabyles. Mais, à quelle loi musulmane y a-t-il lieu de présumer qu'ils ont entendu se référer ? — A la loi malékite ou bien à la loi hanéfite ? — C'est ce que le texte cité plus haut ne dit pas. Il parle, il est vrai, de la loi du lieu où s'est formé le contrat ; mais, en Algérie, les rites malékite et hanéfite n'ont pas une sphère d'application territorialement déterminée, comme le rite abadhite ou les coutumes kabyles.

Enfin, l'article 5 du décret du 8 janvier 1870, qui régit les territoires de commandement, dit que « les cadis connaissent, en premier ressort, de toutes les affaires civiles et commerciales . . . », — mais n'indique nullement, au cas où les parties se rattachent à des rites différents, comment ces affaires seront jugées.

Dans le silence des textes, c'est aux principes généraux qu'il faut s'en tenir ; aux principes généraux du droit musulman, puisqu'en l'espèce, c'est conformément à la loi musulmane que la contestation doit être tranchée. Or, en pareille occurrence, la législation musulmane paraît attribuer au défendeur le choix du rite (1) ; c'est la solution que consacre l'article 9 du décret beylical tunisien du 25 mai 1876. Et, si le défendeur a le choix du rite, c'est conformément à ce rite que doit être résolue la question de prescription, le juge étant « tenu de prononcer conformément à l'interprétation de l'École à laquelle il appartient » (2).

Ce sont là, du reste, conflits qui, à raison du très petit nombre d'Hanéfites algériens, ne sont pas de nature à se produire fréquemment.

---

(1) V. *suprà*, n° 30.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1388.

X

LA PROPRIÉTÉ DES EAUX ARTÉSIENNES

DANS

LA RÉGION DE L'OUED-RHIR

X

LA PROPRIÉTÉ DES EAUX ARTÉSIENNES

DANS

LA RÉGION DE L'OUED-RHIR

On a foré, depuis quelques années, dans la région de l'Oued-Rhir, un assez grand nombre de puits artésiens. Or, ces forages ont coïncidé avec une diminution du débit des anciens puits et une réduction des superficies irriguées par l'eau de ces derniers. On a prétendu qu'il n'y avait pas là une simple coïncidence, mais une relation de cause à effet, et l'on a demandé que l'autorité administrative intervînt pour interdire de nouveaux forages ou, tout au moins, pour les soumettre à une réglementation qui sauvegardât les situations acquises.

Si le préjudice subi par les propriétaires des anciens puits a son origine dans les forages récemment pratiqués, il n'est pas douteux que l'autorité administrative a le devoir d'intervenir, car il est de l'intérêt général d'empêcher l'épuisement des nappes artésiennes.

Mais, dans l'état actuel de la législation applicable à l'Algérie, cette intervention est-elle possible ? On l'a contesté, en invoquant certaines considérations qui se ramènent, en somme, à celle-ci : sous l'empire de la législation actuellement en vigueur, l'État est sans droit sur les eaux artésiennes ; il n'a donc pas qualité pour en réglementer l'usage.

Il nous paraît, au contraire, qu'il peut être remédié à cette regrettable situation, sans qu'il soit nécessaire de provoquer une modification de la législation, et que, dès maintenant, dans l'état actuel des textes, l'autorité administrative est en droit de prendre les mesures réclamées d'elle, en vue d'assurer la conservation des nappes artésiennes du Sud constantinois.

I

La région de l'Oued-Rhir n'a été annexée à l'Algérie qu'en 1854, en sorte que le seul régime auquel les eaux de cette région aient été soumises, depuis l'annexion, est celui qu'établit la loi du 16 juin 1851.

Or, on est en droit de prétendre que cette loi fait, des nappes artésiennes, une dépendance du domaine public.

A la vérité, l'art. 2, § 3, de la loi de 1851, ne vise expressément, pour les placer dans le domaine public, que les lacs salés, les cours d'eau de toutes sortes et les sources. Mais, il résulte, tant du rapport de M. Henri Didier, que de la discussion qui a précédé le vote de la loi du 16 juin 1851, que l'intention du législateur a été de reconnaître, à l'État, la propriété de toutes les eaux en Algérie, et de n'admettre que, très exceptionnellement, l'existence, sur ces eaux, de droits de propriété privée. En sorte que les dispositions de la loi de 1851, qui énumèrent les eaux faisant partie du domaine public de l'État, ne font qu'indiquer un certain nombre d'applications d'un principe consacré par cette loi ; elles sont simplement énonciatives et ne doivent pas être interprétées restrictivement. Ce sont, au contraire, celles qui consacrent des droits de propriété privée qui doivent, parce que dérogeant au principe, recevoir une telle interprétation.

C'est, qu'en effet, « en Algérie, la vie autant que la fortune de tous sont intéressées, au suprême degré, à ce que les eaux ne puissent jamais être détournées de la masse des propriétés communes » (Béquet, *Dictionnaire administratif*, v° Algérie, n° 1144) ; — et les interprètes les plus enclins à restreindre l'étendue du domaine de l'État se bornent, simplement, à soustraire à ce domaine les eaux qui viennent artificiellement à la surface du sol, telles que les eaux des citernes privées, des puits artésiens ou autres (Ricci, *Du régime des eaux en Algérie*, p. 16 ; — Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, p. 765 ; — Lar-

cher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, p. 470). — « Ces eaux, disent-ils, appartiennent, à titre de propriété privative, aux propriétaires des puits et citernes, conformément au droit français et aux traditions du droit musulman » (Ricci, *loc. cit.*). — En sorte que ce qui est déclaré propriété privée, par ces auteurs, c'est l'eau des puits artésiens, mais non la nappe artésienne. Dès lors, celle-ci, conformément au principe posé par le législateur de 1851, est une dépendance du domaine public.

Sous réserve, toutefois, « des droits privés de propriété, d'usufruit ou d'usage légalement acquis antérieurement à la promulgation de la présente loi ». Mais, quelles personnes pouvaient, avant 1854 et sous l'empire de la loi musulmane, avoir acquis des droits à la propriété ou à l'usage de ces nappes artésiennes ? C'étaient et ce ne pouvaient être que : 1° les propriétaires de puits forés avant l'annexion ; — 2° ceux qui, étant propriétaires *melk*, pouvaient, parce que propriétaires *melk*, continuer, en dépit de l'annexion, à pratiquer des forages dans les terrains leur appartenant. Mais, si ces derniers ont conservé, malgré l'annexion de l'Oued-Rhir à l'Algérie, le droit de forer, dans leurs terrains, de nouveaux puits, ce n'est que sous cette réserve, que les nouveaux forages ne détermineront pas une diminution du débit des anciens puits ; car « nul ne peut, dit Khalil, gêner les abords des *puits*, cours d'eau ou fleuves, *ni nuire* à la qualité ou *à la quantité de leurs eaux, par nouvelle entreprise* » (trad. Seignette, art. 1207). On lit, également, dans Nawawi, *Minhadj at-Talibin*, trad. Van den Berg, t. II, p. 172 et 173 : « Il faut considérer comme le *harim* des réservoirs d'un conduit d'eau, tout l'alentour, aussi loin que l'on ne peut creuser un puits sans porter préjudice à la quantité d'eau... ». Enfin, Châràni, résumant les prescriptions des divers rites orthodoxes, sur ce point, s'exprime ainsi : « La surface de droit ou limite de prohibition s'étend, pour un puits, dit Abou Hanifah, à quarante coudées alentour, si les chameaux s'abreuvent toujours à ce puits ; pour un puits servant à l'irrigation, à soixante coudées ; pour une source ou fontaine, par exemple, à

trois cents coudées, et même, selon une autre donnée d'Abou Hanifah, à cinq cents coudées. Si donc un individu veut creuser un puits sur la surface de prohibition, on l'en empêche. Il n'y a rien de fixé quant à l'étendue de la surface de droit, disent Malek et Chaféi ; à ce sujet, on se conforme à ce que la coutume locale a consacré. Cette disposition a un caractère de tolérance. Si l'on est en terres mortes, dit Ahmed, la surface de prohibition s'étend à vingt-cinq coudées ; en terres habitées, elle s'étend à cinquante coudées. S'il s'agit d'une source, cette surface va à cinq cents coudées. Peut-être, les surfaces de prohibition doivent-elles varier suivant que le sol est résistant ou meuble, et suivant que ceux qui viennent user des eaux sont plus ou moins nombreux » (trad. Perron, *édit. Luciani*, p. 387 et 388).

D'où il résulte que, dans tous les rites, il y a, pour le forage des puits, « une surface de prohibition » ; que, dans le rite malékite, qui est le rite dominant en Algérie, « il n'y a rien de fixé quant à l'étendue de cette surface », et que « si un individu veut creuser un puits sur la surface de prohibition, on l'en empêche ».

Dès lors, pourvu que l'État ne trouble pas les propriétaires de puits déjà forés, dans leur jouissance, et qu'il n'interdise aux propriétaires de terres *melk* que les forages qui diminueraient le débit des puits actuellement existants, l'État a toute liberté pour réglementer, comme bon lui semble, l'usage des eaux artésiennes.

Il ne pourra le faire, toutefois, que par voie de décret portant règlement d'administration publique, l'art. 32 de la loi du 16 juin 1851 disposant que l'exploitation et la jouissance des eaux, appartenant, en Algérie, à l'État, pourront être concédées « dans les cas, suivant les formes et aux conditions qui seront déterminées par un règlement d'administration publique ».

II

Mais, admettons, avec la majorité des auteurs, que les nappes artésiennes ne soient pas, aux termes de la loi du 16 juin 1851, une dépendance du domaine public, cette loi ne visant que les eaux venant naturellement à la surface du sol (Cf. Larcher, *op. cit.*, t. II, p. 470, et les auteurs cités).

En résulte-t-il que les nappes artésiennes ne sont pas, en Algérie, la propriété de l'État ? — En aucune manière.

Avant l'occupation française, en effet, ces nappes artésiennes appartenaient certainement au Beylick, car la règle, en pays musulman, c'est que, réserve faite de l'eau des bassins, des puits, des mares, des sources d'un faible débit, des petites masses d'eau, toutes les eaux sont propriété de la communauté musulmane. « Sous le rapport du droit de propriété, dit, en effet, Ibrahim Halebi, on divise les eaux en deux classes : la première comprend les fleuves, les rivières, les lacs, *dont les cours sont à l'usage libre et commun du public ;* la seconde, les ruisseaux, les puits, les fontaines, les bassins, qui sont propriété particulière, *mais qui, dans le besoin, doivent être aussi à l'usage du public*, surtout lorsqu'il y a disette d'eau dans le même canton ou dans les lieux circonvoisins » (Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. VI, p. 124 et 125). Et la *Medjellat*, ou code civil ottoman, porte, dans les art. 1234 et 1235, que « l'eau, les herbes et le feu sont des choses hors du commerce. Les hommes en ont la jouissance en commun... Les eaux qui coulent dans le sol ne sont la propriété de personne ». Or, « ces principes paraissent avoir régné *généralement* en Algérie. Il ne peut y avoir aucun doute, à ce sujet, pour toute la région pastorale qui comprend les Hauts-Plateaux, ni pour les vastes territoires du Tell, où la propriété était *arch*, c'est-à-dire indivise dans un même douar, et presque appartenant au Beylick. Sur les territoires *melk*, c'est-à-dire où la propriété du sol était divisée entre les familles, on voit que, même aujour-

d'hui, la plupart des sources ou eaux courantes, au lieu d'appartenir à un seul, servent, depuis un temps immémorial, à l'usage des douars voisins et, quelquefois, de toute une tribu » (Lamairesse, *Du régime légal des eaux en Algérie*, p. 5). C'est là ce que constatait également, en termes trop absolus, toutefois, dès 1835, l'Intendant civil, dans le préambule de son arrêté du 17 mars : « Considérant, disait-il, que les eaux, dans l'ancien royaume d'Alger, n'ont jamais été l'objet d'une propriété privée ; qu'elles étaient considérées comme une dépendance essentielle du domaine public, et que personne, quels que fussent son rang et sa condition, ne pouvait prétendre à en jouir privativement qu'en vertu d'une concession qui ne s'obtenait qu'à titre onéreux ». Et c'est là ce qu'a affirmé, également, M. Henri Didier, dans son rapport sur le projet qui est devenu la loi du 16 juin 1851, et duquel il résulte que la loi musulmane « a fait, des eaux, une dépendance forcée de la puissance publique ».

Donc, avant 1854, les nappes artésiennes de l'Oued-Rhir appartenaient au Beylick. Or, par l'effet de l'annexion, l'État français s'étant trouvé subrogé dans les droits du Beylick, c'est à lui qu'appartient, aujourd'hui, la propriété de ces nappes artésiennes, et rien ne s'oppose à ce qu'il puisse en réglementer librement l'usage, ainsi que le Beylick aurait été en droit de le faire.

Dans quelle forme pourra-t-il le faire ? Ce n'est pas dans la loi du 16 juin 1851 qu'il faut chercher la solution de cette question, puisque ce n'est pas dans cette loi que nous avons trouvé la consécration du droit de l'État. C'est, en l'absence d'un texte spécial, dans la loi du 19 décembre 1900, qui a doté l'Algérie de la personnalité civile, lui a conféré le droit de posséder des biens et lui a donné l'exploitation et la jouissance du domaine algérien de l'État français. Et, comme, aux termes de l'art. 1er de cette loi, « le Gouverneur général représente l'Algérie dans les divers actes de la vie civile », et qu'aucun texte, au point de vue spécial qui nous occupe, n'est venu restreindre les pouvoirs du Gouverneur, il nous paraît que, pourvu qu'elle respectât tous les droits acquis, la réglementation à intervenir

pourrait être l'œuvre d'un arrêté du Gouverneur général de l'Algérie.

Et, à ceux qui seraient tentés de penser que les pouvoirs que nous reconnaissons, ainsi, au Gouverneur général de l'Algérie, sont excessifs, nous ferons observer que la solution que nous préconisons est parfaitement conforme à l'esprit de la législation algérienne. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1er de la loi du 24 février 1903, dans les territoires de commandement (et les nappes artésiennes dont nous nous occupons y sont situées), les bois et forêts « sont soumis au régime forestier, mais administrés suivant les formes arrêtées par le Gouverneur général, ou suivant tout autre règlement à intervenir, après avis du Conseil de Gouvernement ».

De même, « les ventes du domaine algérien peuvent se faire sur simple arrêté du Gouverneur général » (Larcher, *op. cit.*, t. II, p. 607, n° 1042 ; — Cf. art. 2, 3, 5 et 25 du décret du 13 septembre 1904), et ce n'est qu'au cas d'une concession gratuite portant sur une étendue de plus de 200 hectares, ou portant à plus de 200 hectares la superficie concédée au même colon, qu'un décret devient nécessaire (art. 11 du décret du 13 septembre 1904).

III

Supposons, enfin, que ni le droit musulman, ni la loi du 16 juin 1851 n'aient fait, des eaux artésiennes, une dépendance du domaine de l'État. Il n'y a plus, alors, que deux solutions possibles : ou ces eaux sont *res nullius ;* — ou elles appartiennent aux propriétaires de la superficie.

Or, quelle que soit la solution adoptée, comme on ne peut atteindre ces eaux qu'au moyen de forages, et que ces forages ne peuvent être pratiqués que par les propriétaires de la superficie ou avec leur agrément, on arrive à cette conclusion que, seuls, les propriétaires de la superficie sont ou peuvent devenir propriétaires des eaux artésiennes.

Mais, quels sont, dans la région de l'Oued-Rhir, ces propriétaires de la superficie? A qui appartiennent les terres de cette région ?

Certaines de ces terres sont des terres incultes, qui n'appartiennent à personne, que les docteurs musulmans appellent terres mortes, et qui sont, aujourd'hui, propriété de l'État français, tant parce que, par l'effet de l'annexion, la France s'est trouvée subrogée dans les droits du Beylick, dans le domaine de qui les terres mortes étaient placées, — que parce que, sous l'empire de la loi française, en territoire français, tous les immeubles sans maître appartiennent à l'État.

D'autres, parmi ces terres, sont la propriété de ksours ou de tribus. — D'autres sont possédées à titre de *melk*, c'est-à-dire en pleine propriété, par des Musulmans. — D'autres, enfin, appartiennent à des Français ou à des sociétés françaises.

Ces dernières sont soumises au statut français, et il n'est pas, à notre connaissance, tout au moins, de disposition, dans la loi française, qui permette d'interdire à ces sociétés françaises et à ces Français, de pratiquer des forages dans les terrains dont ils sont propriétaires.

Mais, en terres domaniales, l'État a toutes facilités pour

s'opposer au forage de nouveaux puits. Ces terres, en effet, ne sont plus des terres mortes que le premier venu peut occuper, et dont le premier venu peut devenir propriétaire par la mise en valeur. Ce sont des terres qui, parce que propriété de l'État français, sont soumises au statut français, et dont l'État français est en droit d'interdire l'accès. Et il lui suffit, pour cela, d'exciper de son droit de propriété, et point n'est besoin, à cet effet, d'un décret, ni même d'un arrêté ministériel ou du Gouverneur général de l'Algérie.

Il en est de même en terres de ksours ou de tribus. Ces terres appartiennent, en pleine propriété, à ces tribus et à ces ksours, et les *djemâas* de ces tribus et de ces ksours sont, comme tout propriétaire, en droit d'interdire l'établissement, sur leurs terres, de nouveaux puits. C'est ainsi que la *djemâa* de Ghardaïa a défendu de creuser de nouveaux puits et de créer de nouveaux jardins dans la vallée de l'Oued-Mzab, en amont de l'oasis.

Enfin, en terres *melk*, le propriétaire a bien le droit de pratiquer des forages, comme bon lui semble; mais, comme ces terres sont, à l'heure actuelle encore, soumises au statut musulman, et que la loi musulmane ne permet au propriétaire d'user de son droit *qu'à la condition de ne pas nuire au débit des anciens puits par une nouvelle entreprise*, l'autorité administrative a le droit de s'opposer aux nouveaux forages, même en terres *melk*, dès l'instant où ces forages constituent, pour les propriétaires des puits existants, une sérieuse menace.

En sorte que, alors même que l'on refuserait à l'État le droit à la propriété des eaux artésiennes de l'Oued-Rhir, l'autorité administrative serait encore très fortement armée, et serait, dans la plupart des cas, en situation de s'opposer aux entreprises des simples particuliers, qui sembleraient de nature à contribuer à l'épuisement des nappes artésiennes.

XI

LES KANOUNS DU MZAB

XI

LES KANOUNS DU MZAB

La législation qui gouverne un peuple, si parfaite qu'à un moment donné elle puisse paraître, n'est jamais définitive. C'est, qu'en effet, pour être bonne, une législation doit être appropriée au degré de civilisation et à l'état social des individus qu'elle régit, ainsi qu'aux conditions ethnographiques ou économiques dans lesquelles ils se trouvent. Or, avec le temps, la race se transforme, l'état social se modifie, les conditions économiques changent et se compliquent, la civilisation progresse; si bien que la législation doit être modifiée et complétée sans cesse, afin de pouvoir s'adapter constamment à des situations nouvelles, satisfaire à des besoins nouveaux.

Et, il en est ainsi, quand bien même il s'agit de ces législations auxquelles les peuples se plaisent à attribuer une origine divine, telles que la législation musulmane, — et dont les dispositions ne comportent, semble-t-il, ni abrogation, ni modification. Elles n'ont pu tout prévoir, et l'on s'aperçoit, plus ou moins vite, de leurs lacunes ; — de même que les règles qu'elles formulent, édictées en vue de situations déterminées, paraissent gênantes, puis intolérables, au fur et à mesure que ces situations se modifient ou se transforment. — Dès lors, qu'arrive-t-il ? — C'est qu'à côté de la loi révélée, qui reste la loi fondamentale, se forme et se développe un droit nouveau, élaboré par les jurisconsultes ou créé par l'usage et sanctionné par le juge, ou bien encore dicté par le Souverain.

C'est ainsi que, dans les pays musulmans, le Coran et la *Sonnat* ne constituent pas les seules sources du droit, et qu'il faut y joindre les décisions des docteurs et les sentences des juges possédant un certain degré d'autorité juridique, et, aussi, les ordonnances et règlements préparés et promulgués par le pouvoir souverain.

Ces règlements et ordonnances, à la vérité, ne sont pas assimilés aux autres dispositions législatives. On leur refuse, notamment, le nom de *chari'ah*, de loi (1) ; — et, le plus souvent, en pays musulman, c'est à des juridictions spéciales que l'on confie le soin de les appliquer. En Tunisie, par exemple, à côté du *Charah*, tribunal chargé de juger selon la loi ou *chari'ah*, a été placé le tribunal de l'*Ouzara*, avec mission de statuer selon les décisions prises et les décrets arrêtés par le gouvernement beylical (2). Et, cependant, le Souverain ne manque, pour ainsi dire, jamais, de soumettre à l'approbation préalable du *Cheikh-el-Islam* les ordonnances ou règlements qu'il se propose de promulguer, afin qu'il soit bien établi qu'ils n'ont rien de contraire aux prescriptions de la loi religieuse, de la *chari'ah* (3).

Quoi qu'il en soit, les peuples musulmans ne s'en sont pas tenus, et ne pouvaient s'en tenir, purement et simplement, aux règles de droit contenues dans le Coran ou la *Sonnat*. Il leur a fallu se plier à de nouvelles règles, se donner d'autres lois. C'est ainsi que les Abadhites du Mzab, Musulmans hérétiques, mais très fervents, outre qu'ils obéissent aux prescriptions de la loi religieuse, telles qu'elles sont exposées et développées dans leurs livres de jurisprudence, le *Nil*, par exemple, du cheikh Abd el-Aziz ben Ibrahim, — possèdent des *kanouns*.

Le mot *kanoun* (du grec : κανων) signifie : loi, règlement (4) ;

---

(1) Van den Berg, *Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifâh et de Chafit*, trad. de France de Tersant, p. 8, note 1.

(2) P. H. X., *La politique française en Tunisie*, p. 368 et suiv. ; — Foucher, *L'évolution du protectorat de la France sur la Tunisie*, p. 224 et suiv.

(3) Van den Berg, *op. cit.*, p. 8, note 1.

(4) Kazimirski, *Dict. ar.-fr.*, t. II, p. 818 ; — Houdas, *Gr. Encyclopédie*, v° *Kanoun*, p. 402, col. 1.

il désigne généralement, en pays musulman, les ordonnances émanant du prince, relativement à des matières non réglées par la loi (1). Il aurait été emprunté, d'après MM. Hanoteau et Letourneux, « au langage de notre primitive Église » (2), — mais, d'après M. Masqueray, à la langue administrative des anciens conquérants de l'Afrique du Nord. Les prestations à fournir aux Romains, observe ce dernier auteur, étaient dites « indictions canoniques » ; tous les tarifs romains étaient des canons (3).

Toujours est-il, qu'en Tunisie, le mot *kanoun* s'entend d'une taxe perçue sur certains arbres, tels que les oliviers ou les dattiers (4) ; — qu'en Kabylie, « il sert à désigner un tarif d'amendes applicables à ceux qui contreviennent, soit au droit pénal, soit au droit civil, à l'*aâda* comme à l'*ârf* » (5) ; — et qu'au Mzab, les *kanouns* s'analysent en un ensemble de dispositions réglementaires dont la plupart ont un caractère pénal ; ils établissent « un tarif de pénalité, et se réduisent à cela, le plus souvent » (6).

Or, d'où vient qu'il en soit ainsi ? Pourquoi ces *kanouns* sont-ils aussi sobres de dispositions se référant au droit privé, et en renferment-ils d'aussi nombreuses concernant le droit pénal ? — Serait-ce parce que les matières rentrant dans le domaine du droit privé ont généralement été, dans les textes sacrés, l'objet d'une réglementation plus minutieuse ? — Peut-être ; mais peut-être, aussi, l'explication la plus concluante de ce fait est-elle la suivante : les rapports de droit privé n'intéressent que très subsidiairement la collectivité ; l'on peut, dès

---

(1) Van den Berg, *op. cit.*, p. 8, note 1 ; — Cahun, *Le monde islamique ;* Histoire générale de Lavisse et Rambaud, t. XI, p. 531.

(2) Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, p. 138.

(3) Masqueray, *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie*, p. 60.

(4) Zeys, *Code annoté de la Tunisie*, t. I, p. 557 et suiv.

(5) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 138.

(6) Masqueray, *op. cit.*, p. 60. — Au Maroc, chez les H'ah'a, on appelle *Kanoun* le « feu », qui est l'élément de répartition de l'impôt. — Cf. Doutté, *L'organisation domestique et sociale chez les H'ah'a*, Bul. com. Afr. fr., *Rens. col.*, 1905, n° 1, p. 16.

lors, s'en remettre, pour l'élaboration du droit nouveau, à l'usage, à la doctrine, — et, pour sa sanction, à la libre appréciation du juge. — Mais, en matière criminelle, on ne peut plus procéder de la même façon ; dès l'instant où il s'agit de punir un fait, parce qu'il menace l'ordre social, il faut sévir de suite, et ne pas s'en remettre à la coutume, par exemple, du soin de décider s'il importe ou non de punir ce fait ; — de même qu'il est inadmissible que le juge reste libre d'appliquer ou de ne pas appliquer une peine. D'ailleurs, étant donnée la gravité de la sanction, il est juste que le coupable sache, au préalable, ce à quoi il s'expose. — Voilà, semble-t-il, pour quelle raison les *kanouns* du Mzab ne contiennent guère que des dispositions pénales. Et, ce qui tend encore à confirmer l'exactitude de cette explication, c'est ce fait que, lorsque, dans ces *kanouns*, des règles dépourvues de sanction pénale ou de pur droit civil se rencontrent, elles consacrent toujours des solutions auxquelles l'ordre politique ou social est grandement intéressé. D'ailleurs, on a fait observer bien souvent que, chez tous les peuples, les lois qui, les premières, apparaissent, sont des lois pénales et se présentent sous l'aspect de tarifs criminels. « Tel est le caractère de toutes les législations naissantes, dit Guizot ; c'est par les lois pénales que les peuples font le premier pas visible, le premier pas écrit, hors de la barbarie... Tantôt sous une forme religieuse, tantôt sous une forme purement humaine, le droit pénal apparaît, le premier, dans la carrière législative des nations ; le premier effort vers le perfectionnement de la vie civile consiste à opposer d'avance des barrières, à dénoncer d'avance des peines aux excès de la liberté individuelle » (1).

Au reste, quoi qu'il en soit des dispositions qu'ils renferment, les *kanouns* du Mzab ont été consignés sur des registres (2), et les parties essentielles en ont été extraites, réunies, condensées en des recueils appelés : « *listes de conventions* » (3). Les règles,

---

(1) Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, t. I, p. 272.

(2) Masqueray, *op. cit.*, p. 57.

(3) *Eod. loc.*, p. 58 et 59.

que formulent ces *kanouns*, ont donc leur fondement dans des accords, dans des conventions. — Mais, entre quelles personnes ces conventions intervenaient-elles ?

Chaque ville du Mzab était administrée par trois *djemâas :* la *halka* des *Azzaba*, — la *djemâa* des *Aouames*, — la *djemâa* des *Mekaris* (1). — Les *Azzaba* « avaient la direction de la mosquée et le soin de son entretien. Ils instruisaient les enfants et enseignaient les sciences aux adultes, châtiaient les malfaiteurs, protégeaient les filles, les veuves et les orphelins, rendaient la justice aux gens lésés, concluaient les mariages, dressaient des actes, prononçaient des jugements selon la loi, déterminaient les limites des maisons, des terres et des jardins, et administraient les biens provenant de donations religieuses » (2). — Les *Aouames* « étaient chargés de la gestion des affaires de la ville, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur » (3). — Quant aux *Mekaris*, « ils étaient chargés de la police générale, du maintien de l'ordre et de l'arrestation des malfaiteurs et gens de désordre » (4).

Or, l'élaboration d'un *kanoun* impliquait-elle la conclusion d'un accord entre *Azzaba*, *Aouames* et *Mekaris ?* — Les *Mekaris*, qui n'étaient que des agents d'exécution, qui n'avaient d'autres pouvoirs que ceux que leur déléguait, soit la *halka* des *Azzaba*, c'est-à-dire des clercs, soit la *djemâa* des *Aouames*, c'est-à-dire des laïques (5), n'étaient point admis à participer à cet accord. — D'autre part, dans la doctrine abadhite pure, les clercs, représentés par le *cheikh* de la mosquée, concentraient entre leurs mains tous les pouvoirs (6), et il est vraisemblable que les *kanouns* les plus anciens sont nés de conventions entre les seuls *Azzaba*. Mais, très vite, une lutte s'engagea entre l'élément religieux et l'élément laïque, au cours de laquelle ce dernier vit

---

(1) De Motylinski, *Guerara depuis sa fondation*, p. 23 et suiv.
(2) *Eod. loc.*
(3) *Eod. loc.*, p. 30.
(4) *Eod. loc.*, p. 33.
(5) *Eod. loc.*, p. 34, note 1.
(6) Robin, *Le Mzab et son annexion à la France*, p. 29.

son influence s'accroître peu à peu, si bien que les *Aouames* réussirent à exproprier les *Azzaba* d'une partie de leurs pouvoirs et attributions. Toujours est-il qu'à partir d'une certaine époque, très certainement, les laïques participent, avec les clercs, à l'exercice du pouvoir législatif, car les « *listes de conventions* » mentionnent, fréquemment, que les règles, qu'ils édictent, ont été arrêtées d'un commun accord entre les laïques et les clercs (1). Peut-être, même, certains *kanouns* sont-ils l'œuvre exclusive de la *djemâa* des *Aouames*, ainsi que le caractère des dispositions qu'ils renferment et les termes employés pour leur rédaction autorisent à le penser. Mais, il est alors probable que la convention intervenue entre les seuls *Aouames* était soumise à l'approbation, à la ratification des clercs, car « aucun arrêt de *djemâa* n'a force de loi, s'il n'a été approuvé par le cheikh des tolbas, lequel constate, par sa signature, que cet arrêt n'est pas en contradiction avec les principes de la doctrine eibadite » (2).

Il est, d'autre part, assez difficile de dire à qui incombait la mission d'appliquer les règles formulées dans les *kanouns*. Sur ce point, en effet, les renseignements les plus contradictoires ont été fournis. Suivant le commandant Robin, « le cheikh de la mosquée punissait, d'après le kanoun, les crimes et les délits, ainsi que les fautes contre la loi religieuse » (3). — M. de Motylinski nous apprend, au contraire, d'après Si Mohammed ben Chetioui ben Slimane, que les *Azzaba* « prononçaient des jugements selon la loi » (4), ce qui semble indiquer qu'ils ne jugeaient pas selon les *kanouns*. Et M. Coyne dit, également, que « la *djemâa* juge tous les crimes, délits ou contraventions commis dans la ville » (5), ce qui implique, semble-t-il, que la *djemâa* des laïques connaissait de l'application des *kanouns*, à l'exclusion de la *halka* des clercs. — Sans doute, les clercs et les

(1) Masqueray, *op. cit.*, p. 61 et suiv.; — V. *infrà*, *Kanoun de Melika*, p. 434.
(2) Coyne, *Le Mzab*, p. 27.
(3) Robin, *op. cit.*, p. 29.
(4) De Motylinski, *op. cit.*, p. 27.
(5) Coyne, *op. cit.*, p. 27.

laïques se sont disputé le pouvoir judiciaire, comme ils se sont disputé le pouvoir législatif, et ainsi s'expliqueraient les contradictions qui viennent d'être relatées dans les renseignements recueillis sur ce point. Les *djemâas* laïques se sont plus ou moins émancipées, selon les villes, en sorte qu'il y a « une grande confusion en ces matières..., et qu'il serait bien difficile, aujourd'hui, de marquer la limite de la compétence des *tolba* et de la compétence des *djemâas* » (1).

Les *kanouns* ne nous ont point été transmis intégralement, malgré, qu'au Mzab, les registres soient en usage et que le nombre des lettrés y soit très grand, « les clercs ayant toujours regardé le soin de l'instruction publique comme leur premier devoir » (2). M. Masqueray a pu constater que les *listes de conventions*, ou recueils de *kanouns*, étaient fort mal tenues, et les raisons qu'il donne de ce fait sont les suivantes : « Si le goût de l'ordre a porté les Mozabites laïques à tenir compte de leurs délibérations, les clercs ont toujours été sourdement hostiles à la composition de répertoires qui n'étaient rien moins que des lois civiles embryonnaires. Leur loi religieuse, autrefois répandue dans une infinité de volumes et condensée, au commencement de ce siècle, dans le *Kitâb en-Nîl* du cheikh Abd el-Aziz, de Beni-Sguen, suffisait, suivant eux, à tous les besoins de la société ibadite, qu'ils considéraient, d'abord et avant tout, comme une réunion de saints. Il n'est donc pas surprenant que, présidant de droit toutes les assemblées politiques, et chargés par les laïques, eux-mêmes, du soin de tenir les registres de *Tifâqat* (conventions), à cause de leur connaissance supérieure de la langue arabe, ils aient mis beaucoup de négligence à rédiger ces *Pactus*. Toutefois, il était nécessaire que les Imokrânen fissent observer par le peuple, sans variation, toutes les décisions prises, au moins celles qui concernaient les crimes et délits, et que le peuple eût un moyen de revoir, en peu d'instants, quelles défenses il devait observer, quelles peines il

(1) Robin, *op. cit.*, p. 30.

(2) Masqueray, *op. cit.*, p. 57.

devait encourir. De là vint l'usage d'extraire, des *Tifâqat*, ce qu'elles renfermaient d'essentiel, et d'en former des règles dont les unes sont facilement contenues dans quelques lignes, et dont les autres remplissent plusieurs feuillets, suivant les temps, ou plutôt suivant le caprice des rédacteurs, mais qui, toutes, sont des sortes d'*album* destinés à la publicité » (1).

Quelques *kanouns*, de Melika principalement, ont été recueillis au Mzab par M. Masqueray, et publiés par lui (2). — Mais, il en est d'autres qui ont été fournis à l'autorité militaire par les *djemâas* laïques des sept villes de la confédération mozabite, dont la traduction a été donnée, par M. de Motylinski, dans le *Mobacher* des 9, 16 et 23 juin 1883, et dont les dispositions ont été très sommairement analysées par M. le commandant Robin (3). On ne saurait y voir, étant donné, surtout, que l'élément religieux est resté étranger à leur communication, une rédaction exacte et complète des coutumes abadhites. Mais, à raison du nombre et de l'importance des renseignements qu'ils nous fournissent sur les institutions mozabites, il nous a semblé qu'il pouvait y avoir quelque utilité à les faire connaître à nouveau, et à en annoter les prescriptions les plus intéressantes. M. de Motylinski a bien voulu nous y autoriser et nous permettre de faire état de deux études dont il est l'auteur, l'une sur la *Tebria*, l'autre sur les Juifs de Ghardaïa, qui nous ont été communiquées par M. le lieutenant Verdier, du bureau arabe de Laghouat, et dont nous devons à l'amabilité de M. le commandant Lacroix, chef du service des Affaires indigènes au Gouvernement général de l'Algérie, d'avoir pu obtenir copie. Nous tenons à rendre à leur bienveillante obligeance un hommage empressé. Nous adressons, également, tous nos remerciements à M. R. Basset, qui a bien voulu nous fournir, touchant le Mzab, des renseignements bibliographiques très circonstanciés.

---

(1) Masqueray, *op. cit.*, p. 58 et 59.
(2) *Eod. loc.*, p. 61 et suiv.
(3) Robin, *op. cit.*, p. 30 et suiv.

Kanoun de Ghardaïa.

Le coupable auquel aura été infligée une amende (1) et qui ne pourra la payer, recevra dix coups de bâton (2) pour chaque réal (3) (2 fr. 50).

---

(1) L'amende ne figure pas parmi les peines prescrites par le Coran ou la Sonnat (de Motylinski, *op. cit.*, p. 35, note 1), non plus que parmi celles en usage chez les Arabes de l'époque préislamique. Aux temps de la *Djahilyya* (temps de l'ignorance), en effet, les peines étaient : la mort, la lapidation, la mutilation de la main, le jet du haut d'une roche, l'enterrement du coupable vivant (Omar Bey Loutfy, *De l'action pénale en droit musulman,* fasc. 1, p. 25). — Quant aux peines édictées par le Prophète, ce sont : la mort, l'amputation de la main, les verges, le talion, le fouet, l'emprisonnement, la déportation, la confiscation, l'expiation par affranchissement, le jeûne (Seignette, *trad. de Sidi Khalil*, Introduction, p. L). — Or, ces peines sont établies en vue de faits précis, déterminés, et ne peuvent être prononcées que sur les réquisitions de la victime (Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, p. 38).

Mais, l'on ne tarde pas à comprendre qu'il peut y avoir danger, à raison de l'inaction possible de la partie lésée, à s'en remettre uniquement à celle-ci du soin de poursuivre la répression des infractions à la loi. — D'autre part, avec le temps et à mesure que l'organisation politique ou économique des peuples musulmans se complique, on sent la nécessité d'incriminer et de punir des actes dont l'on s'était abstenu jusqu'alors, ou qui n'avaient pas encore paru menaçants pour l'ordre public. Or, à ces actes, tenus dorénavant pour coupables, on ne peut appliquer les peines légales, c'est-à-dire établies par la loi religieuse, parce qu'elles sont édictées en vue de faits précis et déterminés. Le juge reçoit, alors, le pouvoir de décider quelles actions sont punissables, et quelles peines elles emportent (Seignette, *loc. cit.*, p. XLIX et L; — Omar Bey Loutfy, *loc. cit.*, p. 46), — en même temps qu'on l'autorise à appliquer, d'office, ces peines aux faits déjà prévus et punis par la loi (Omar Bey Loutfy, *loc. cit.*, p. 40 et suiv.). — En fait, les peines laissées à l'arbitraire du juge sont : la prison, la bastonnade, l'exil, la perte de l'emploi, les arrêts, l'amende et la simple réprimande (Sawas Pacha, *Étude sur la théorie du droit musulman*, t. I, ch. II, p. 122). En sorte que, chez les Musulmans orthodoxes, il est deux catégories de peines : les unes, légales, déterminées *(hodoud)* par la Loi ; — les autres, arbitraires, indéterminées et dites correctionnelles (*taazir ;* Vincent, *Études sur la loi musulmane*, Législation criminelle, p. 63, note *b ;* — Van den Berg, *op. cit.*, p. 180).

Or, les choses, pour les mêmes raisons historiques, sans doute, ne se sont point autrement passées chez les Abadhites du Mzab, et c'est ainsi que leurs kanouns édictent des pénalités, telles que l'amende, qui n'ont été prescrites, ni par le Coran, ni par la Sonnat. — Il est à remarquer, toutefois, que, dans les villes où dominait l'élément religieux, à Beni-Isguen ou El-Ateuf, les *Azzaba,* s'en tenant strictement aux prescriptions de la loi religieuse, s'opposaient à la prononciation de peines pécuniaires (de Motylinski, *loc. cit. ;* — V. *infrà*, Kanouns de Beni-Isguen et d'El-Ateuf).

(2) Le cérémonial de la bastonnade est décrit dans un chapitre du *Kitab el-Ahkam*, dont M. de Motylinski a résumé la traduction (*Guerara depuis sa fondation,* p. 36, note).

(3) Le réal est une monnaie d'argent que les Musulmans du Nord de l'Afrique

Quiconque empêchera les délégués de la *Djemâa* (mokaddem) d'opérer le recouvrement d'une amende infligée, sera puni d'une amende de 25 réaux.

Tout individu qui sera convaincu d'avoir adressé la parole, dans la rue, à une femme, sera puni d'une amende de 25 réaux et sera banni pendant deux ans (1).

---

ont empruntée à l'Espagne. — De même qu'en Espagne, les premiers rois chrétiens utilisèrent, tout d'abord, les monnaies musulmanes (Blanchet, *Manuel de numismatique*, t. II, p. 278), et, de même que le roi Alphonse VIII imita le dinar almoravide, et « émit dans l'atelier de Tolède, au type arabe, en langue arabe, un dinar chrétien rival du dinar musulman » (Lavoix, *Catalogue des monnaies musulmanes de la Bibliothèque nationale*, Espagne et Afrique ; Préface, p. XXXI), — de même, les premiers Musulmans d'Afrique empruntèrent aux vaincus leur monnayage. « Maîtres de l'Afrique, après une lutte de plus d'un demi-siècle, les Arabes avaient adopté le type des espèces héracliennes avec les figures diadémées de l'Empereur et de ses fils, avec la croix modifiée en forme de T, avec les inscriptions latines reproduisant les formules pieuses de l'islamisme » (Lavoix, *op. cit.*, Préface, p. XIV). Puis, aux monnaies à lettres latines, succédèrent des monnaies bilingues. Et, dans les dernières années du premier siècle de l'Hégire, on ne frappa plus que des monnaies au type purement arabe (*Rec. de numismatique*, 1899, p. 99).

Mais, quand les Maures eurent été expulsés d'Espagne, et que les Espagnols eurent réussi à fonder, sur la côte d'Afrique, des établissements permanents, le développement des transactions commerciales détermina dans le Nord de l'Afrique une circulation très active de monnaies espagnoles. C'est ainsi que les réaux d'Espagne pénétrèrent en Afrique et y devinrent une monnaie courante ; — de même que les douros, appelés autrefois par les Algériens et, aujourd'hui encore, par les habitants du Maroc, réaux *bou medfa*, parce qu'y sont représentées les colonnes d'Hercule, que l'on prenait pour des canons (Erckmann, *Le Maroc moderne*, p. 160), — de même aussi, les princes musulmans, les deys d'Alger, notamment, frappèrent des monnaies de type espagnol et livrèrent des réaux à la circulation (*Aperçu historique, statistique et topographique sur l'État d'Alger*, p. 195).

Il y avait, d'ailleurs, en Algérie tout au moins, des réaux de sortes très diverses : le *réal kouart*, — le *réal derhem*, — le *réal petit derhem*, — le *réal boudjou*, — le *réal douro*, ou grand réal, ou douro d'Alger, — le *réal constantini*, — le *réal bacita de Constantine*, — le *réal chekouti*, — le *réal korinti*. — Le *réal kouart* et le *réal derhem* représentaient 0 fr. 62 de notre monnaie ; — le *réal petit derhem*, 0 fr. 62 également ; — le *réal boudjou*, 1 fr. 80 : on l'appelait, aussi, piastre d'Alger ; — le *réal douro* valait 3 fr. 60 ; — le *réal constantini*, 0 fr. 93 ; — le *réal bacita de Constantine*, monnaie d'Espagne coupée en losanges, 2 fr. 40 ; — le *réal chekouti*, 2 fr. 50 ; — enfin, le *réal korinti*, ou *korinté*, équivalait à quatre réaux *kouart* et représentait une valeur de 2 fr. 48 (Beaussier, *Dictionnaire pratique arabe-français*, v° ريال).

Or, le réal, dont il est fait mention au texte, aurait, d'après le savant traducteur du kanoun de Ghardaïa, une valeur de 2 fr. 50. C'est donc, soit du *réal chekouti*, soit du *réal korinti*, qu'il est ici question.

(1) Le bannissement appartient-il à la catégorie des *hodoud ?* Est-ce une peine légale, établie par le Coran ou la Sonnat ? — Ou faut-il le ranger dans la classe

Les Juifs et les Juives (1) convaincus de vol seront punis, les hommes d'une amende de 25 réaux, et les femmes d'une amende de 12 réaux 1/2. Dans le cas où les délinquants ne pourraient payer l'amende infligée, ils recevraient dix coups de bâton pour chaque réal.

---

des peines arbitraires dont la détermination appartient au juge? — A s'en tenir au texte du verset 78 du chapitre II du Coran, on serait tenté d'admettre que le bannissement n'est pas une peine légale. Ce verset est, en effet, ainsi conçu : « Quand nous stipulâmes avec vous que vous ne verseriez point le sang de vos frères, et *que vous ne vous banniriez point réciproquement de votre pays, vous y donnâtes votre assentiment*, et vous en fûtes vous-mêmes témoins » (La Beaume, *Le Koran analysé*, p. 639). — Tel n'était point, cependant, l'avis des Abadhites, car il paraît que « les *tolba*, d'accord avec les laïques et s'appuyant sur un verset du Coran, admettaient aussi la peine du bannissement *(nefiane)* temporaire ou perpétuel » (de Motylinski, *op. cit.*, p. 35, note 1).

(1) Il n'est, au Mzab, de Juifs établis à demeure, que dans les villes de Ghardaïa et Guerara. Les quelques Juifs que l'on rencontre à Berrian, n'y sont que temporairement fixés ; ils sont originaires de Ghardaïa, d'où ils émigrent, à certaines époques, pour se livrer à des travaux de bijouterie.

M. de Motylinski a réuni, relativement aux Juifs du Mzab, concernant leur origine principalement, divers renseignements qu'il a condensés en des notes déposées aux archives du bureau arabe de Laghouat. — D'après la tradition mozabite, les familles juives qui, les premières, vinrent s'installer à Ghardaïa, furent amenées de Djerba, vers le VIIIe siècle de l'Hégire, par un Abadhite nommé *Ammi Saïd*. — D'autres prétendent descendre d'un nommé *Mouchi Sebano*, originaire d'Alger ; — d'autres se disent originaires de Fez ; — d'autres, de Figuig ; — d'autres, enfin, de l'Oued-Rhir. — C'est, également, de l'Oued-Rhir que sont venues, il y a plus d'un demi-siècle, les quelques familles juives fixées à Guerara.

Mais, les Juifs donnent, à leur établissement à Ghardaïa, une date antérieure à celle qui lui est assignée par les Mozabites. Ils prétendent que, lors de l'arrivée d'*Ammi Saïd* à Ghardaïa, il y avait, déjà, dans cette ville, un certain nombre de Juifs venus du Caire, sous la conduite d'un rabbin du nom de *Daoud Sellam*. Cette version, dit M. de Motylinski, est confirmée par une inscription en caractères hébraïques qui existe encore sur le tombeau du rabbin susnommé, et qui est ainsi conçue :

« Tombeau du sage, du parfait, du juste, du pur, de l'honorable, de l'opulent, de l'austère, du pieux, du flambeau d'Israël, le vénéré *Rebbi Daoud Sellam*, parti pour la demeure éternelle, l'an 5123 de la création du monde ».

Or, observe M. de Motylinski, l'année 1884 (date à laquelle ont été recueillis par lui ces renseignements) correspondant à l'année 5644 des Juifs, les premiers Juifs seraient parvenus, il y a cinq siècles et demi environ, à Ghardaïa. — Quant à *Ammi Saïd*, il ne s'y serait fixé, d'après la tradition juive, que dans la seconde moitié du IXe siècle de l'Hégire.

Avant l'occupation française, les Juifs de Ghardaïa étaient relégués dans un quartier spécial, et il leur était interdit d'ouvrir des portes sur les quartiers habités par les Mozabites ; il leur était permis, toutefois, de circuler dans la ville. Ils étaient soumis aux mêmes kanouns que les Mozabites, et portaient leurs contestations, en matière civile, devant les tolbas abadhites.

Par l'effet, en 1882, de l'annexion du Mzab à la France, les Juifs, qui s'y

Le viol commis sur une fille vierge est puni :

1° Si le coupable est pubère (1), de 100 réaux d'amende et

---

trouvaient établis, ont acquis la nationalité française. Ils continuent, à Ghardaïa, à habiter un quartier spécial situé à l'est de la ville. Les contestations qui s'élèvent entre eux, en matière de statut personnel ou de successions, sont jugées par leurs rabbins ; les litiges, en toute autre matière, sont portés, soit devant le commandant du bureau arabe, soit devant le tribunal de Blida (Robin, *op. cit.*, p. 43).

S'ils ont la nationalité française, les Juifs du Mzab ne sont pas traités comme citoyens français et ne peuvent le devenir qu'en se conformant aux prescriptions du sénatus-consulte des 14-21 juillet 1865. (En ce sens : Lettre du Garde des sceaux, du 7 novembre 1882 ; — Décisions du Conseil de préfecture d'Alger, du 11 août 1890, et de la Cour d'appel d'Alger, du 25 février 1891, dans la *Revue Algérienne,* 1891, 1, 81 ; — 1891, 2, 220 et 399 ; — Circulaire du Gouverneur général, du 28 décembre 1895. — V., en outre : Oudinot, *La nationalité des Israélites algériens*, Rev. gén. de droit int. pub., 1897, p. 483 ; — Cohen, *Les Israélites de l'Algérie et le décret Crémieux*, Thèse pour le Doctorat, Paris, 1900.)

(1) Pour les Orthodoxes, l'individu pubère est celui chez qui les signes de la puberté se sont manifestés ; aussi, leurs jurisconsultes ont-ils pris soin de déterminer par quels signes physiques cette puberté se trouvait caractérisée. Ils admettent, toutefois, qu'à défaut d'indications physiques, la puberté doit être présumée chez l'individu qui a atteint un certain âge, lequel est de quinze ans pour les Hanéfites, — et de dix-huit ans pour les Malékites (Sautayra et Cherbonneau, *Statut personnel et successions*, t. I, p. 376 et 377, nos 502 et 503).

Or, chez les Abadhites, les choses ne se passent pas autrement. C'est à la manifestation physique de la puberté, qu'eux aussi, tout d'abord, ils s'attachent, — de même, qu'eux aussi, ont soin de préciser ce qui constitue cette manifestation (*Le Nil, du Mariage*, trad. Zeys, p. 54). — Ils admettent, également, qu'à défaut de signes physiques, à partir d'un âge déterminé, la puberté se présume. Mais, tandis que, chez les Orthodoxes, cet âge est toujours le même, quelles que soient les circonstances, — chez les Abadhites, au contraire, cet âge varie suivant les hypothèses. — Une femme accouche-t-elle après le décès de son mari, l'enfant est réputé avoir pour père le mari, si celui-ci, au moment de sa mort, était âgé de sept ans, suivant les uns, — de neuf ans, suivant les autres. — De même, l'époux survivant n'hérite de son conjoint prédécédé que si ce dernier est mort étant en état de puberté ; or, l'époux prédécédé est-il la femme, le mari n'est héritier que si elle est morte dans sa quatorzième année ; — est-ce, au contraire, le mari qui disparaît le premier, la femme ne pourra prétendre à sa succession que s'il était, lors de son décès, dans sa quinzième année. — De même, encore, la loi pénale n'est applicable qu'à l'individu pubère ; or, à ce point de vue, celui-là seul est réputé pubère, qui est âgé de plus de treize ans (*Le Nil, loc. cit.*, p. 54 et 55).

Il importe, donc, s'agissant de l'interprétation d'un texte abadhite, avant de se prononcer sur le sens et la portée de ces mots : pubère et impubère, — de rechercher quelle est, exactement, l'hypothèse prévue par ce texte. Et, comme les dispositions du kanoun de Ghardaïa, que nous commentons, ont un caractère pénal, il en résulte que ces mots : pubère, impubère, employés par elles, doivent s'entendre de l'individu âgé de plus de treize ans, et de celui qui est âgé de treize ans ou de moins de treize ans.

du bannissement pendant quatre ans ; le coupable ne pourra rentrer dans le pays qu'après avoir vu la mer (1) ;

2° Si le coupable est un impubère (2), les parents paieront 10 réaux d'amende, et la peine du bannissement ne sera pas prononcée.

Celui qui frappera avec une clef en fer (3), sera puni d'une amende de 25 réaux.

Celui qui sera convaincu de violences envers une femme de mauvaise vie, sera puni d'une amende de 10 réaux ; si la victime ne peut fournir des preuves, le serment lui sera déféré et le coupable sera puni de la même peine.

Celui qui aura commis volontairement une blessure, à l'aide d'un instrument tranchant, sera puni d'une amende de 100 réaux ; il paiera, de plus, le prix du sang (4) et sera

---

(1) L'obligation imposée au condamné à la peine du bannissement, de voir la mer, c'est-à-dire de gagner le littoral, l'était, selon toute vraisemblance, dans le but de rompre ses relations avec les gens de son *çoff*, et de le mettre dans l'impossibilité, par suite de l'éloignement, de nouer des intrigues dans la ville dont il était expulsé. Car, « les *mekharidj* (expulsés) de tous les ksours du Mzab formaient une classe de dépouillés qui ne vivaient plus que par le Tell, et entretenaient, par leurs continuelles intrigues et leur haine, bien justifiée, cet état d'agitation, devenu l'état normal du Mzab jusqu'au jour de l'annexion » (de Motylinski, *Guerara depuis sa fondation*, p. 51, note 3). — C'est à cette situation regrettable que la disposition relatée au texte était, sans doute, destinée à remédier.

(2) V. *suprà*, p. 430, note 1.

(3) C'est généralement à coups de clefs que commencent les rixes entre Mozabites (Coyne, *op. cit.*, p. 41). Les clefs en fer viennent de Tunis. On ne fabrique, au Mzab, que des clefs en bois, destinées à des serrures, également en bois, très ingénieuses ; elles constituent, elles aussi, des armes sérieuses. La description de ces clefs, en bois ou en fer, a été donnée par M. de Motylinski (*Guerara depuis sa fondation*, p. 57, note 1).

(4) Chez les Orthodoxes, le prix du sang *(diyah)* est la somme d'argent payée à la victime ou à ses héritiers, au cas d'homicide ou de blessures, et, moyennant le paiement de laquelle, le coupable est, dans certains cas, autorisé à se racheter, c'est-à-dire à se soustraire à la peine du talion. Le prix du sang, en effet, est dû, soit lorsqu'il y aurait impossibilité matérielle à pratiquer le talion, — soit lorsque la loi elle-même l'écarte, comme au cas d'homicide ou de blessures involontaires, — soit parce que ceux qui avaient qualité pour requérir le talion, y ont renoncé. Car la victime ou ses héritiers ont toujours le droit, dans l'hypothèse d'homicide ou de blessures, d'accepter le prix du sang ; et le coupable se trouve, ainsi, soustrait à toute peine légale. Mais le juge reste libre de prononcer une peine laissée à son arbitraire (Van den Berg, *op. cit.*, p. 181 et suiv. ; — Seignette, *op. cit.*, Introduction, p. 41 ; — Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 49 ; — fasc. 2, p. 70). Le fait d'une réparation

banni pendant deux ans, jusqu'à ce qu'il ait vu la mer (1).

Quiconque sera convaincu d'avoir commis un vol dans les jardins, sera puni d'une amende de 10 réaux et sera banni pendant deux ans ; le témoin du vol, qui ne fera pas sa déclaration dans un délai d'un mois, sera puni d'une amende de 10 réaux (2).

Tout individu convaincu d'avoir pénétré dans une maison habitée, paiera 100 réaux, et, dans le cas où il serait tué, son meurtrier ne sera passible d'aucune peine.

Celui qui est reconnu coupable de vol dans une maison, paiera 25 réaux et sera banni pendant deux ans.

Celui qui aura volontairement commis un meurtre paiera 100 réaux, recevra la bastonnade et sera banni du Mzab à perpétuité.

Pour une rixe, les parties paieront 2 réaux chacune.

Celui qui sera reconnu coupable de pédérastie, paiera 100 réaux et sera banni pendant deux ans.

Les Juifs sont autorisés à voyager ; mais il est défendu aux femmes juives de quitter le pays (3).

---

obtenue par la victime ou ses héritiers ne saurait, en effet, faire oublier que la société a pu être lésée.

Les Abadhites ne se séparent pas, sur ce point, des Orthodoxes, puisque le kanoun de Ghardaïa impose, pour le cas de blessure, le paiement du prix du sang, en même temps qu'il édicte le bannissement et l'amende.

(1) V. *sup.*, p. 431, note 1.

(2) Cf. art. 30 C. instr. crim. — Il semble que, dans les législations modernes, l'on répugne de plus en plus à rendre, pour les citoyens, la dénonciation obligatoire ; — ou, si l'on maintient le principe de l'obligation, l'on s'abstient de le sanctionner par une peine.

(3) Les Juifs ne sont pas, à ce point de vue, autrement traités que ne le sont les Mozabites eux-mêmes. Beaucoup de ces derniers s'expatrient pour aller exploiter, dans les villes du Tell, un commerce quelconque; mais ils sont astreints à des séjours périodiques dans leur ville d'origine, qu'ils regagnent ensuite, pour ne la plus quitter, après fortune faite, ou lorsque l'un de leurs fils est en âge de les remplacer et de continuer leur commerce. D'autre part, il leur est interdit d'emmener leurs femmes dans le Tell, et, s'ils se marient en dehors du Mzab, ils ne peuvent y conduire les femmes étrangères qu'ils ont épousées. — Depuis l'occupation française, il est vrai, ces prescriptions ne sont plus aussi strictement observées ; il est, paraît-il, quelques Mozabites qui, se rendant dans des villes du littoral, pour y fonder des établissements commerciaux, n'ont pas craint d'y conduire leurs femmes, et il nous a été donné de voyager de Ghardaïa à Laghouat, en compagnie d'un habitant d'El-Ateuf et d'une femme qu'il avait épousée chez les Ouled-Naïl. — Mais ce sont là, aujourd'hui encore, des pratiques isolées et que l'opinion réprouve ;

Celui qui est convaincu d'avoir bu des liqueurs fermentées, paiera 25 réaux et recevra, dans sa fraction (1), 80 coups de bâton.

La femme reconnue coupable d'adultère, sera condamnée à la bastonnade, qui lui sera donnée par son père, son frère ou son plus proche parent ; ceux-ci pourront, de plus, l'enfermer pour un laps de temps laissé à leur appréciation (2).

---

et il est vrai de dire, qu'à l'heure actuelle encore, le Mozabite ne quitte, pour ainsi dire, jamais le Mzab, sans esprit de retour, — qu'il y laisse sa femme et ses enfants, lorsqu'il s'en éloigne, — et qu'il n'y conduit point les femmes qu'il a pu épouser dans le Tell (Robin, *op. cit.*, p. 21).

Et l'on s'explique très bien qu'il en soit ainsi. Le Mozabite, dont la femme et les enfants sont restés au Mzab, n'a pas rompu toute attache avec sa ville d'origine ; il ne peut avoir quitté celle-ci sans esprit de retour, il y reviendra tôt ou tard. Alors, au contraire, que son expatriation aurait, peut-être, été définitive, s'il avait eu la faculté d'emmener sa famille avec lui ; et ces expatriations définitives, se multipliant, n'auraient pas manqué d'affaiblir la communauté abadhite du Mzab. — En outre, la femme ne pouvant quitter le Mzab et les enfants en bas âge restant auprès d'elle, ceux-ci se trouvent soumis uniquement à des influences locales ; de même que l'exclusion des femmes épousées hors du Mzab, ainsi que des enfants auxquels elles ont pu donner le jour, s'oppose à toute pénétration de la famille par une influence étrangère.

Il y a là, en somme, en tant qu'elles concernent les Abadhites du Mzab, un ensemble de mesures manifestement édictées dans le but de sauvegarder les intérêts politiques de la communauté mozabite.

Mais, pourquoi ces prescriptions ne concernent-elles pas seulement les Abadhites du Mzab ? — Pourquoi les Juifs, qui semblent bien n'avoir jamais été que tolérés à Ghardaïa (Robin, *op. cit.*, p. 35), ne peuvent-ils s'en absenter que pour voyager, c'est-à-dire provisoirement, — et n'ont-ils pas la faculté de se faire accompagner de leurs femmes dans leurs déplacements ? — Les Mozabites ont, vraisemblablement, voulu retenir les Juifs, voyant dans leurs divers commerces un élément de prospérité pour leur ville. Il est à remarquer, d'ailleurs, que les Juifs ne sont pas autrement traités par les Berbères du Maroc. « La dépendance du Juif est tellement accentuée, dit Quedenfelt, qu'il peut bien accomplir les voyages nécessaires à ses affaires, mais qu'il doit laisser les membres de sa famille comme otages, au lieu où il demeure » (Quedenfelt, *Division et répartition de la population berbère au Maroc*, trad. H. Simon ; *Rev. Afr.*, 1902, nos 246 et 247, p. 289).

(1) Les villes du Mzab ont été fondées par un certain nombre de familles ou fractions, qui, en dépit du temps, ont conservé une individualité propre. M. de Motylinski observe que « les Mozabites font encore une distinction entre les fractions qui ont pris part, à l'origine, à la fondation de leurs villes et celles qui se sont jointes, par la suite, aux premiers habitants. Les premières s'appellent *acils*, les autres *nazils*. A Ghardaïa, chaque fraction fondatrice a un cimetière qui lui est particulièrement réservé. Les nazils de cette ville enterrent leurs morts dans un cimetière à part, consacré à Ammi Saïd ben Ali, personnage célèbre, originaire de Djerba, qui vint se fixer à Ghardaïa vers la fin du xe siècle de l'Hégire » (de Motylinski, *op. cit.*, p. 6, note 2).

(2) Coran, ch. IV, vers. 19 : « Si quelqu'une de vos femmes a commis l'adul-

Kanoun de Melika.

Extrait du texte original inscrit sur le registre de la Mosquée de Melika.

Les habitants de Melika, Tolbas ou Aouam, se sont entendus (1) pour punir, comme il est dit ci-après, les infractions qui pourraient être commises par les habitants de la ville, tant dans le ksar que dans l'oasis.

Tout individu qui, par paroles, calomnies ou voies de fait, aura outragé les *Azzaba* ou *Talmids*, sera puni d'une amende de 7 réaux korinté (2) et banni, pendant deux ans, à Alger ou à Tunis (3). Cette peine est applicable, indistinctement, à tout individu, qu'il appartienne ou non à la tribu de l'outragé ; car les *Azzaba* n'ont pas de fraction ; ils forment la fraction de Dieu (4).

---

tère, appelez quatre témoins. Si leurs témoignages se réunissent contre elle, enfermez-la dans votre maison, jusqu'à ce que la mort termine sa carrière ». — Ch. XXIV, vers. 2 : « Les impudiques des deux sexes seront punis de cent coups de fouet ».

(1) La participation des clercs et des laïques à l'élaboration des kanouns est, ici, très nettement affirmée. Si donc, à Melika, les laïques n'avaient point réussi à conquérir l'indépendance et à se soustraire complètement à la domination des clercs, il leur avait été, cependant, possible de faire accepter leur participation à l'exercice du pouvoir législatif (V. *sup.*, p. 423 et suiv.).

(2) V. *sup.*, p. 427, note 3.

(3) V. *sup.*, p. 431, note 1.

(4) Les villes du Mzab, on l'a vu précédemment (p. 433, note 1), ont été fondées par un certain nombre de fractions ou familles, qui, en dépit du temps, n'ont pas fusionné, et dont chacune a gardé une existence propre. C'est ainsi que la *djemâa* des *Aouames* ou laïques était, en chaque ville, constituée par les délégués de chacune des fractions de cette ville, en sorte que chacun des membres de cette *djemâa* n'était, en réalité, que le représentant de la fraction à laquelle il appartenait (Coyne, *Le Mzab*, p. 26).

Mais la *halka* des *Azzaba* était constituée d'une tout autre façon. L'*Azzabi* n'avait point, en effet, à prendre, dans la *halka*, la défense des intérêts de sa fraction ou de sa famille. Il avait, avant tout, pour mission de contribuer à « faire triompher le livre de Dieu, la sonna de son prophète et les traditions exemplaires des *mechaïkhs*,... et (devait) ne pas faire de distinction entre grands et petits » (*Règle traditionnelle des gens de Ghardaïa*, de Motylinski, *op. cit.*, p. 27, note). Aussi, l'*Azzabi* n'était-il point l'élu de sa fraction. Il

Tout individu qui, par témoignage dûment établi, sera convaincu d'avoir traîtreusement frappé quelqu'un, dans la ville, sur le marché ou dans tout autre lieu, sera puni d'une amende de 25 réaux.

Sont interdits :

Les réjouissances en musique et jeux divers ; l'usage du henné à l'occasion d'un mariage, d'une circoncision ou d'une naissance (1).

Tout contrevenant, Arabe ou autre, de condition libre ou servile, sera puni d'une amende de 5 réaux korinté (2) et excommunié (3) par les *Tolbas*.

Seront punis des mêmes peines, ceux qui, en ces occasions, toléreront, dans leurs maisons, ces jeux ou ces réjouissances.

était choisi, désigné par les autres *Azzaba*, lesquels, pour l'admettre dans la *halka*, n'avaient à se préoccuper que de sa piété et de son savoir (*Règle traditionnelle des gens de Ghardaïa*, de Motylinski, *op. cit.*, p. 25, note ; — Robin, *op. cit.*, p. 25). Les considérations d'origine n'influaient donc, en aucune manière, sur le recrutement des *Azzaba*. Tout Abadhite, à quelque fraction qu'il appartînt, pourvu qu'il fût pieux et instruit, pouvait prétendre à entrer dans leur *halka*. — Ainsi se trouve éclairé le sens de ces mots : « les *Azzaba* n'ont pas de fraction ; ils forment la fraction de Dieu ».

(1) Les Abadhites sont, comme on l'a dit, les puritains de l'orthodoxie (Zeys, *op. cit.*, p. 34). Aussi, interprètent-ils d'une façon tout à fait extensive les prescriptions du Coran touchant l'usage des choses illicites. C'est ainsi qu'ils tiennent pour péché le fait de fumer ou de priser (Coyne, *op. cit.*, p. 30) ; et, aujourd'hui encore, à Beni-Isguen, où l'influence des clercs s'est maintenue plus puissante et où l'observation des règles du droit abadhite est restée plus stricte, un étranger ne pourrait fumer dans la rue sans provoquer quelque scandale. — Les lettrés mozabites éprouvent, du reste, quelques difficultés pour justifier cette interdiction, le Prophète n'ayant pas prévu l'usage du tabac. Certains prétendent que le tabac trouble la raison, et rentre, dès lors, dans la catégorie des choses enivrantes défendues par le Coran (II, 216 ; — V, 92, 93). — D'autres invoquent les versets 9 et 10 du chapitre XLIV, ainsi conçus : « Observe-les au jour où le ciel fera surgir une fumée visible à tous, qui enveloppera tous les hommes. Ce sera le châtiment douloureux », et font remarquer que le mot *dokhan*, qui signifie fumée, est également employé pour désigner le tabac (Zeys, *op. cit.*, p. 40, note 6). — D'autres, enfin, se retranchent derrière l'anecdote suivante : « Lorsque le diable fut chassé du paradis, il urina à la porte, et il en naquit une plante de tabac » (Robin, *op. cit.*, p. 10).

(2) V. *sup.*, p. 427, note 3.

(3) Il résulte des renseignements recueillis par M. Coyne, dans sa brochure intitulée : *Le Mzab*, ainsi que d'une note rédigée par M. de Motylinski, et déposée dans les archives du bureau arabe de Laghouat, que l'excommuni-

Quiconque s'opposera à l'exécution d'une peine applicable à un coupable d'une autre fraction que la sienne, sera puni d'une amende de 25 réaux korinté (1).

Quiconque, à l'aide d'instruments tels que barres de fer, couteaux, hachettes, bâtons ferrés, aura tenté de frapper quelqu'un, sera puni d'une amende de 25 réaux korinté (2), alors même que la menace n'aurait pas été suivie d'exécution.

Quiconque, à l'aide de ces instruments, aura porté des coups ou fait des blessures, paiera une amende de 50 réaux et sera banni de la ville (3).

Si les coups et blessures ont entraîné la mort, le coupable paiera 100 réaux korinté (4) et sera banni à perpétuité (5).

Quiconque aura colporté des nouvelles reconnues fausses, sera puni d'une amende de 10 réaux korinté (6).

Fait dans les dix premiers jours du mois de Djoumada second, année 1200 de l'Hégire (1785).

---

cation *(tebria)* ne doit pas être confondue avec le bannissement *(nefiane)*. Le bannissement, en effet, emporte toujours excommunication ; mais l'on peut être frappé d'excommunication sans être expulsé. — D'autre part, l'excommunication est une peine religieuse qui ne peut être prononcée que par les clercs, alors qu'il n'en est pas de même du bannissement. — En outre, l'excommunication est une peine accessoire, tandis que le bannissement peut être prononcé à titre de peine principale. — Enfin, si le bannissement peut être perpétuel, l'excommunication peut toujours être effacée par une expiation appropriée.

L'excommunié est mis en dehors de la loi commune ; les Musulmans ne sont pas tenus de répondre à son salut ; — s'il vient à mourir, on lui refuse les secours de la religion, on ne lave pas son corps, et on ne fait aucune prière sur sa tombe. Il est, en somme, considéré comme mécréant.

Lorsque l'excommunié a réparé ses torts, ou subi la peine principale à laquelle il a été condamné, il est alors admis à faire amende honorable. « Le postulant se coupe soigneusement les ongles des pieds et des mains, se lave complètement de la tête aux pieds ; ensuite, revêtu d'une chemise propre, les mains croisées sur la poitrine, il se présente devant l'assemblée des tolbas, présidée par le cheikh-baba, et l'aborde en disant : *Ana men Allah ou men Taïbine* (je suis des gens de Dieu et des gens qui s'amendent). Le cheikh-baba lit sur lui la fath'a, lui donne le pardon, et il rentre, seulement alors, dans la vie commune » (Coyne, *op. cit.*, p. 30 ; V., en outre, Rinn, *Marabouts et Khouan*, p. 151).

Quant aux principales infractions emportant excommunication, ce sont, outre celles mentionnées au texte, le meurtre non justifié, le concubinage, l'adultère, le libertinage, l'acquisition par violence, le recel, la désobéissance aux règlements canoniques (Rinn, *op. cit.*, p. 151 et 152).

(1, 2, 4 et 6) V. *sup.*, p. 427, note 3.

(3 et 5) V. *sup.*, p. 428, note 1, et p. 431, note 1.

Assistaient à la présente convention :

Tolbas : — Le rédacteur du présent ; Ba Hamani ben Ahmed ben Saïd ; Ba Bekeur ben Hammou ; Baba Aïssa ben Ahmed ben Dadi Bassa ; El-Hadj M'hammed ben Smaïl el-Arad ; Ahmed ben Smaïl ; El-Hadj Aïssa ben Hammou el-Fokkhar ; Amar ben Aïssa ben Dadi Hamini ; Hamani ben Mohammed ben el-Hadj Moussa.

Aouams : — Le mokaddem Kaci ben Mohammed ben Baba ; le mokaddem Baba ; El-Djemma ben Aïssa ben Messaoud el-Fokkhar ; Baba Aïssa ben el-Hadj Ahmed ; Rabi ben Ba Amour ; Kaci ben Ba Hammou ; Sliman ben Ahmed ben el-Hadj ; Ba Ameur ben Aïssa ben Ahmed ; El-Hadj Aïssa ben Bafou, dit Bou Chafareus ; El-Hadj ben Daoud ben el-Hadj Bou Bekeur ; Hammani ben Hazzou ben el-Hadj ; Baba Aïssa ben Hammou ben Sliman Tounsi.

Écrit par Abd el-Aziz ben Salah ben Hammrou ben Dadi.

Kanoun de Beni-Isguen (1).

Louange au Dieu unique !

Qu'il répande ses bénédictions sur Notre Seigneur Mohammed, sur sa famille, et qu'il lui accorde le salut !

Le Kanoun de Beni-Isguen a pour bases :

1° Le Coran, livre sublime du Dieu très-haut et glorieux, créateur et bienfaisant, puissant et adorable, qui donne la vie et la mort, qui n'a pas d'égal, qui entend tout et voit tout ;

2° La Sonnat de son Prophète et envoyé Mohammed (que Dieu répande sur lui ses bénédictions et qu'il lui accorde le salut !) ;

3° Les préceptes extraits de ces deux sources, par les Imams de la religion des gens de vertu et de salut (2).

---

(1) L'influence des clercs a toujours été prépondérante à Beni-Isguen, et c'est là, vraisemblablement, ce qui explique la plupart des particularités que présentent les dispositions du Kanoun de cette ville. L'austérité des mœurs de ses habitants, au maintien de laquelle veillaient jalousement les *tolbas*, lui avait valu une réputation de sainteté dont elle était fière, qui lui inspirait une orgueilleuse réserve, et la poussait à vivre, vis-à-vis des autres villes de la Confédération abadhite, dans une sorte d'isolement. — D'ailleurs, il est tout naturel que les clercs, pour conserver leur suprématie et empêcher que l'élément laïque ne réussît, comme en d'autres villes de la Confédération, à conquérir quelque indépendance, se soient efforcés d'empêcher que tout étranger à la ville, fût-il Abadhite, pût y acquérir une influence durable.

(2) Les quelques auteurs français qui se sont préoccupés de déterminer les sources de la législation abadhite donnent, sur ce point, des renseignements assez peu concordants. M. Rinn, par exemple, paraît admettre, parmi les sources du droit abadhite, les décisions des trois premiers Khalifes (*Marabouts et Khouan*, p. 22). — Quant à M. Zeys, tout en considérant que les Abadhites tiennent Otsman pour un excommunié, il pense que ces Abadhites ont adopté la recension d'Otsman, et qu'ils acceptent, même, les commentaires orthodoxes du Coran. Et, à l'appui de cette dernière affirmation, l'auteur relate les déclarations faites à Palgrave par le fils de l'organisateur du Ouahbisme nedjéen (*Législation mozabite*, p. 39).

Il nous paraît beaucoup plus sûr de s'en tenir purement et simplement, relativement à cette question des sources, aux dispositions du Kanoun de Beni-Isguen.

C'est, qu'en effet, quand bien même les Ouahbites de l'Arabie centrale seraient, comme le pense Masqueray (*Chronique d'Abou Zakaria*, Introduction, p. LIX) et, avec lui, Ostrorog (dans sa traduction d'*El-Ahkam es-Soulthaniya* d'El-Mawerdi, t. I, p. 33, note), des cousins de nos Ouahbites de l'Oued-

Nous allons exposer une partie de ce Kanoun.

Les peines se divisent en trois catégories :

1° l'*Adeb ;* — 2° le *Taazir ;* — 3° le *Nekal.*

La première catégorie comprend les peines inférieures à 20 coups de bâton (1) et à 20 jours de prison ;

La seconde, celles inférieures à 40 coups de bâton et 40 jours

---

Mzab, ils ne pourraient être considérés comme les dépositaires de la pure doctrine abadhite. — D'ailleurs, il semble bien, ainsi que l'a soutenu Goldziher, notamment, que la doctrine des Ouahbites doive être rattachée à la doctrine hanbalite (*Zeits. der d. Morg. Gesel.*, LII, 1898, p. 156). — Cf. *Encyclopédie de l'Islam*, v° AHMED b. Mohammed b. Hanbal, p. 193, col. 2.

D'autre part, ce que nous savons des origines de la secte Kharidjite, nous permet de croire que les premiers adeptes de cette secte n'ont reconnu qu'une autorité tout à fait relative aux décisions des premiers Khalifes. C'étaient, en effet, des républicains, des démocrates, qui considéraient que l'imam devait être élu, qu'il pouvait être choisi dans n'importe quelle classe de la société, et qui admettaient, même, que l'on pût s'en passer (Dozy, *Essai sur l'Histoire de l'Islamisme,* trad. Chauvin, p. 212 et 213). — Or, la secte Abadhite procède directement de la secte Kharidjite (Dozy, *loc. cit.* ; — Masqueray, *Chronique d'Abou Zakaria*, Introduction ; — Rinn, *Marabouts et Khouan,* ch. XI ; — Zeys, *Législation mozabite).*

En outre, le *Kitab el-Ahkam,* qui fait autorité chez les Abadhites, prescrit à l'imam d'interdire aux dissidents religieux, aux Orthodoxes, par conséquent, de faire parade de leurs doctrines hérétiques. « L'imam, y est-il dit, ne tolérera pas qu'ils fassent appel à la prière, se réunissent pour prier, le vendredi, tiennent des assemblées ou se permettent tout autre acte qui fasse paraître leurs innovations. Il empêchera les gens de la Doctrine d'assister à leurs réunions, d'y envoyer leurs enfants ou d'aller avec eux. La tolérance de faits pareils ne pourrait que corroborer leur hérésie et pourrait attirer vers elle les gens de la Doctrine dont la foi est faible » (de Motylinski, *op. cit.,* p. 56, note). — Si les docteurs abadhites professent, à l'égard des doctrines orthodoxes, une telle défiance, comment concevoir qu'ils acceptent que les commentaires où ces doctrines sont exposées soient mis entre les mains de leurs disciples ?

Enfin, le règlement intérieur des *Azzaba* de Ghardaïa renferme, sur ce point, des dispositions identiques à celles du Kanoun de Beni-Isguen. Les Azzaba, décide ce règlement, « devront, avant tout, faire triompher le livre de Dieu, la Sonnat de son Prophète (que Dieu lui accorde le salut !) et les traditions exemplaires des Mechaïkhs (que Dieu leur fasse miséricorde !) » (de Motylinski, *op. cit.*, p. 27, note). — Or, ces Mechaïkhs, ce sont les imams de la religion des gens de vertu et de salut, dont parle le Kanoun de Beni-Isguen (Masqueray, *Chronique d'Abou Zakaria*, Introduction, p. XL). — Donc, ici encore, des décisions des trois premiers Khalifes et des commentaires orthodoxes, il n'est pas question.

Aussi, nous croyons-nous autorisé à dire que, pour les Abadhites du Mzab, tout au moins, il n'est d'autre source du droit que le Coran, la Sonnat et certains commentaires abadhites.

(1) V. *sup.*, p. 427, note 2.

de prison ; la durée ou la quotité des peines de la troisième catégorie est laissée à l'appréciation des juges (1).

La peine de l'*Adeb* est applicable à toute infraction punissable : insultes, paroles outrageantes, excitation au désordre, réjouissances interdites, jeux, chants et cris, paroles ou actions de nature à porter atteinte à la considération d'autrui ; elle est infligée, également, à celui qui pénètre sans droit dans la maison d'autrui, qui se refuse à donner ce qui lui est justement réclamé, qui se vante d'appartenir à telle ou telle fraction (2), qui s'isole avec la femme d'un autre, à ceux qui se réunissent pour prendre du café ou fumer du tabac (3), etc.

La peine du *Taazir* est applicable à ceux qui, à l'aide d'instruments en fer ou en bois, ou de pierres, cherchent à porter des coups ou à faire des blessures, qui font usage du tabac ou

---

(1) Ces peines sont les seules qu'édicte le Kanoun de Beni-Isguen, et certains auteurs en ont conclu qu'il n'en existait pas d'autres, et que la peine de mort, notamment, était inconnue au Mzab. « La Djemâa, dit M. Coyne, ne prononce jamais la peine de mort » (*op. cit.*, p. 24). — « Les conseils des Azzaba, dit également M. Rinn, et, à plus forte raison, les Djemâas laïques, ne prononcent jamais la peine de mort. La loi ibadite n'admet cette répression que pour l'imam élu qui refuse de remplir ses fonctions » (*op. cit.*, p. 150). — Or, la peine de mort n'a point été écartée par la législation abadhite ; elle est très rarement appliquée, mais il est des cas dans lesquels elle peut être prononcée (Robin, *op. cit.*, p. 29 ; — de Motylinski, *op. cit.*, p. 35, note).

En réalité, le Kanoun ne constitue pas, à lui seul, toute la loi pénale : il n'est que le complément ou le développement de cette loi pénale, telle que l'ont formulée le Coran et la Sonnat (V. *sup.*, p. 420 et suiv.) ; dès lors, pour savoir quelles sont les peines qu'édicte la loi abadhite, il importe de ne pas s'en tenir aux dispositions des Kanouns sur ce point ; il faut consulter, également, les prescriptions de la loi religieuse. — Or, il n'est pas douteux que le Coran admette la peine de mort (V. not. Coran, II, 173). — Il est, d'ailleurs, des Kanouns qui la prononcent formellement (V. *inf.*, Kanoun d'El-Ateuf, p. 446).

(2) Les villes du Mzab, ainsi qu'on l'a vu plus haut (p. 433, note 1, et p. 434, note 4), ont été fondées par un certain nombre de familles ou fractions qui, en dépit du temps, n'ont point fusionné, et dont chacune a son représentant dans la *djemâa* laïque. Mais, cette survivance de l'esprit de famille n'est nullement l'indice d'un état d'esprit aristocratique. Comme les anciens Kharidjites (Dozy, *op. cit.*, p. 213 et 214), les Abadhites du Mzab sont des démocrates (Zeys, *op. cit.*, p. 51). — C'est ainsi que le collège des clercs se recrutait dans toutes les fractions, dans toutes les classes de la société. — C'est ainsi, également, que le Kanoun de Beni-Isguen punit celui qui tirerait vanité de son origine, et prétendrait à une certaine supériorité, à raison de la fraction à laquelle il appartient.

(3) V. *sup.*, p. 435, note 1.

des boissons fermentées, qui mangent, boivent, achètent ou vendent des choses interdites par la loi religieuse, etc.

La peine du *Nekal* est applicable à ceux qui, par paroles de toute nature, portent atteinte à la religion ; à ceux qui, à l'aide d'instruments en fer ou en bois, ou de pierres, portent des coups ou font des blessures ; aux individus convaincus de vol, de pillage, de viol sur une femme, un enfant, une esclave, ou de bestialité ; à ceux qui frappent ou insultent les représentants de l'autorité ou leurs envoyés ; à ceux qui dégainent ou sortent leurs armes pour en faire usage dans un marché ou autre lieu public, etc.

Telles sont les peines applicables à l'*état secret,* qui est notre état actuel (1).

Quant au meurtre, il est punissable pour qui le peut, comme en l'*état manifeste* (2).

(1 et 2) Les Abadhites considèrent qu'il est, pour eux, quatre *états* ou *voies* possibles : l'*état de gloire*, l'*état de résistance*, l'*état de dévouement* et l'*état de secret* (Masqueray, *Chronique d'Abou Zakaria*, Introduction, p. XXII et suiv., XXXVI et suiv. ; — Zeys, *op. cit.*, p. 15 et 44, note 2). — L'*état de gloire* est celui de la secte triomphante ; — l'*état de résistance* est celui de la secte luttant pour entrer ou se maintenir dans l'*état de gloire ;* — l'*état de secret* est celui de la secte réduite aux abois. — Quant à l'*état de dévouement*, il paraît avoir été spécial à un groupe d'Abadhites particulièrement fervents, constituant une troupe de *dévoués*, chargés de mener sans cesse leurs frères au combat, et qui, alors que la secte était à l'*état de secret*, fomentaient des insurrections et entretenaient une agitation incessante. — En sorte que, pour l'ensemble des membres de la communauté abadhite, il n'est, en réalité, que trois états possibles : l'*état de gloire*, celui de *résistance* et celui de *secret*.

Dans l'*état de gloire*, de même que dans celui de *résistance*, la désignation d'un imam est obligatoire. — Mais, l'on peut se passer d'imam, lorsque la secte est à l'*état de secret ;* et il en est ainsi quand la résistance n'est plus possible sans compromettre la vie des femmes et des enfants (Rinn, *op. cit.*, p. 145).

Les Abadhites africains n'ont, à proprement parler, connu l'*état de gloire* que tant que se maintint à Tahert la dynastie Rostémide (Zeys, *op. cit.*, p. 44). Mais, ils se considèrent comme étant à l'*état de secret* depuis le jour où, vers l'an 909 de notre ère, Tahert étant tombée aux mains des Fatimites, l'imam Yacoub déclara impossible la reconstitution de l'imamat (Masqueray, *op. cit.*, Introduction, p. LXXIV ; — Rinn, *op. cit.*, p. 145).

Ces mots : *état manifeste,* employés par le savant traducteur et relatés au texte ci-dessus, s'opposent à : *état secret;* ils désignent, vraisemblablement, l'état dans lequel il y a un imam, l'*état de résistance,* par conséquent, aussi bien que l'*état de gloire*.

CONVENTIONS PASSÉES PAR LES GENS DE LA VILLE A LA SUITE DE DIVERS ÉVÉNEMENTS

Convention de 1190 (1776),

Par laquelle il a été décidé qu'un individu n'appartenant pas à la doctrine ibadite ne pouvait être propriétaire dans la ville, ni y posséder une maison, un magasin, un palmier, un arbre quelconque ou une terre (1). Cette décision a été motivée par les désordres produits en ville par les étrangers à la secte. Il a été également décidé que, chaque fois qu'un étranger hériterait d'un immeuble quelconque, la valeur de cet immeuble, estimée par experts, lui serait remboursée (2). En aucun cas, il ne pourra être autorisé à résider en ville, comme locataire ou à tout autre titre (3).

Convention de 1288 (1871),

Interdit à tout nomade, habitant sous la tente, de s'installer dans la ville (4). Aucune alliance ne devra être contractée avec

---

(1, 2, 3, 4) Les Mozabites, essentiellement commerçants, grands organisateurs de caravanes, avaient conclu des arrangements avec un certain nombre de tribus nomades, telles que les Mekhalîf-el-Djorb, les Larba, les Ouled-Naïl. Moyennant l'acquittement d'un droit de protection, ces tribus laissaient circuler leurs caravanes et leur fournissaient des escortes (Coyne, *op. cit.*, p. 35; — Robin, *op. cit.*, p. 34). Ces nomades servaient également d'intermédiaires aux Mozabites pour la traite des nègres (de Motylinski, *op. cit.*, p. 22, note 1).

D'autre part, en vue d'assurer la défense et la protection de leurs jardins, situés en dehors et à une certaine distance de leurs villes, les Mozabites avaient pris à leur solde des fractions arabes qui, campées, tout d'abord, en dehors des villes, réussirent à y pénétrer et à y posséder des maisons. « Pris d'abord comme un aide contre les ennemis de l'extérieur, les Arabes agrégés n'ont pas tardé à se mêler aux luttes politiques intérieures des villes au sort desquelles ils s'étaient attachés ; chacun des partis qui se disputaient le pouvoir cherchant à les avoir de son côté, ils ont fini, quelquefois, malgré leur petit nombre, par jouer un rôle prépondérant » (Robin, *op. cit.*, p. 35). Tels furent les Medabih à Ghardaïa, les Atatcha à Guerara, les Ouled-Yahia à Berrian (Coyne, *op. cit.*, p. 19 ; — Robin, *op. cit.*, p. 34 ; — de Motylinski, *op. cit.*, p. 49, note 1). — Les Mozabites ont souvent cherché à se débarrasser de ces protecteurs encombrants, mais ce fut en vain. A différentes reprises,

les étrangers; ceux qui épouseraient une fille étrangère devront sortir de la ville (1).

Convention de 1296 (1878),

Confirme et corrobore les précédentes. Interdit aux gens de Beni-Isguen de vendre ou d'acheter, à tout étranger à la ville, nomade ou citadin, des armes, de la poudre, du plomb ou autres engins de guerre (2). Interdit aux Beni-Isguen de se réunir avec les étrangers ou de se joindre à eux, sans avoir consulté les gens de la ville (3).

Tout individu qui viole ces prescriptions, sera puni de la prison ou de la bastonnade. La quotité de la peine sera laissée à l'appréciation de la *Djemâa* (4). Si, par suite de l'infraction commise, il est résulté quelque dommage, le contrevenant sera seul responsable.

---

notamment, les gens de Ghardaïa ont expulsé les Medabih, détruit leur quartier, — et, aujourd'hui encore, les Medabih occupent un quartier de la ville.

Ainsi s'expliquent les mesures arrêtées par le Kanoun de Beni-Isguen à l'encontre des étrangers à la secte abadhite, ainsi qu'à l'égard des nomades.

Or, il paraît que ces mesures ont été, par la suite, étendues, par voie d'analogie, à tout individu, même pratiquant le rite abadhite, mais étranger à la ville, originaire de Berrian ou de Ghardaïa, par exemple. C'est, du moins, ce qu'a affirmé la Chambre de revision musulmane de la Cour d'Alger, dans un arrêt du 7 avril 1894 *(Rev. Alg.,* 1894, 2, 241). — Vraisemblablement, la raison d'être de cette extension est la suivante : dans certaines villes du Mzab, l'élément laïque avait réussi à conquérir, vis-à-vis des clercs, une certaine indépendance; et, l'établissement, à Beni-Isguen, d'individus originaires de ces villes, aurait constitué, pour le parti des clercs, un danger permanent, cet établissement pouvant contribuer à la diffusion d'idées subversives, et fournir au parti laïque des auxiliaires précieux (V. *sup.*, p. 438, note 1).

(1) Admettre une femme étrangère dans la famille, c'eût été installer au foyer domestique une influence étrangère permanente, d'autant plus redoutable que les Mozabites qui s'absentent ne peuvent emmener leurs femmes, et que, pendant un laps de temps quelquefois très long, les enfants ne subissent d'autre influence que celle de la mère (V. *sup.*, p. 432, note 3).

(2 et 3) L'interdiction formulée par le Kanoun ne concerne plus seulement, ici, l'étranger à la secte abadhite; elle vise tout étranger à la ville, par conséquent le Mozabite originaire de Ghardaïa ou de Melika, aussi bien que l'Arabe nomade ou citadin. — Il fallait empêcher que les gens de Beni-Isguen, cédant à l'appât du gain, ne fournissent des armes à leurs propres adversaires.

(4) L'assemblée des laïques.

Convention de 1297 (1879),

Prononçant l'expulsion de certaines personnalités convaincues d'avoir provoqué des troubles dans la ville. Il a été décidé que ces individus ne rentreraient qu'à la suite d'une décision unanime (1). Cette mesure était motivée par des actes sans précédents, commis en ville, tels qu'effractions, violations de domicile, excitation à la révolte et au désordre.

Convention de 1299 (1882),

Autorisant un certain nombre des individus expulsés à rentrer en ville, et maintenant l'arrêt prononcé contre les autres, jusqu'à décision nouvelle à prendre en commun.

---

(1) Il est à remarquer que, chez les Abadhites, les décisions importantes ne peuvent être prises qu'à l'unanimité. Voici, notamment, ce que dit, à ce point de vue, la *Règle traditionnelle des gens de Ghardaïa :* « Parmi les affaires, les unes peuvent être traitées par certains membres, sans le concours de leurs frères ; d'autres doivent être traitées en commun. De ce nombre, sont l'admission et l'exclusion, qui ne peuvent être décidées qu'en assemblée générale et d'*un accord unanime* » (de Motylinski, p. 26, note).

Dans l'espèce relatée au texte, c'est, vraisemblablement, entre les clercs et les laïques que devait s'établir cet *accord unanime.* L'expulsion était prononcée par une convention; elle résultait donc d'un accord entre clercs et laïques; il est assez vraisemblable que, dans l'esprit de ceux qui avaient participé à cet accord, la sentence ne devait pouvoir être rapportée que par une convention contraire.

D'ailleurs, si l'on avait entendu s'en remettre à la seule appréciation, soit de la *halka* des clercs, soit de la *djemâa* des laïques, on n'aurait pas manqué, comme dans la convention précédente, de s'en expliquer formellement.

Cette interprétation nous paraît, du reste, commandée par le texte même de la *Convention de 1299* (1882) (V. *infrà*).

Kanoun de Bou-Noura.

Celui qui sera reconnu coupable de meurtre, paiera 100 réaux (1) (0 fr. 60) d'amende, 400 réaux de *dia* (2) et sera banni à perpétuité.

Tout individu convaincu de vol, paiera une amende de 25 réaux (3) et sera banni pendant deux ans (4).

Celui qui aura fait des blessures ou porté des coups à l'aide d'un couteau, d'une clef en fer, d'une grosse clef en bois munie de pointes en fer (5), de ciseaux ou d'une pierre, paiera 5 réaux (6).

Celui qui frappera avec la main seulement, ou appréhendera quelqu'un par les effets, paiera 2 réaux (7).

Quiconque crachera à la figure d'un autre, ou ramassera de la terre et la jettera au visage de quelqu'un, paiera 2 réaux d'amende.

Celui qui traitera un autre de cocu, bardache, bâtard ou voleur, paiera 2 réaux.

Ces peines sont applicables à tout adolescent, homme ou femme. Le bannissement n'est applicable qu'aux hommes seulement.

Lorsque la *Djemâa* prononce une amende, elle envoie *Oucif el-Djemâa* (8) pour en opérer le recouvrement. En cas de refus de paiement, les membres de la *Djemâa* se rendent chez le délinquant et lui font verser double amende.

(1, 3, 6, 7) V. *sup.*, p. 427, note 3.

(2) V. *sup.*, p. 431, note 4.

(4) V. *sup.*, p. 428, note 1.

(5) V. *sup.*, p. 431, note 3.

(8) *Oucif el-Djemâa* est l'esclave nègre attaché au service de la *Djemâa*. — Au moment de l'annexion du Mzab à la France, l'on y comptait 327 esclaves et 961 nègres affranchis (Robin, *op. cit.*, p. 35).

Ces nègres étaient, pour la plupart, originaires du Gourara. Devenus libres par l'effet de l'occupation française, ils forment, à Ghardaïa, notamment, une sorte de corporation. Ils ont un chef, un représentant élu par eux, que l'autorité militaire agrée, et par l'intermédiaire duquel elle leur transmet ses ordres. On le nomme le caïd des nègres ou des Gouraris.

Kanoun d'El-Ateuf.

Tout coupeur de route, lors même qu'il n'aurait rien pris, sera puni d'une peine qui ne pourra être inférieure à 50 coups de bâton, et qui sera déterminée par la *Djemâa*.

S'il est convaincu de vol ou de meurtre, il sera condamné à la prison perpétuelle. Dans le cas où il serait impossible de l'incarcérer, il sera mis à mort (1). Telles sont les peines applicables à l'*état secret* (2).

En l'*état manifeste* (3), les peines à prononcer sont celles indiquées par le livre de Dieu, glorieux et tout-puissant.

Celui qui se rendra coupable de pillage, de vol ou d'adultère, qui fera usage de boissons fermentées, mangera de la viande ou du sang d'un animal non égorgé, de la chair de porc, de la chair humaine ou des choses immondes, subira la peine du *Nekal*. Le nombre des coups qu'il devra recevoir sera déterminé par la *Djemâa*, qui pourra, si elle le juge convenable, porter la peine jusqu'à 500 coups de bâton.

Les blessures et coups volontaires, faits avec la main, seront punis du *Nekal*.

L'auteur de blessures ou coups volontaires, faits à l'aide d'instruments tels que bâtons, piquets de tente, branches de palmier, sera puni du *Taazir*, c'est-à-dire d'une peine qui ne pourra être supérieure à 40 coups de bâton (4).

Dans les cas énumérés ci-dessus, les coupables devront toujours payer, pour les blessures faites, l'indemnité qui aura été fixée ; les objets volés devront également être restitués au propriétaire lésé.

---

(1) Cette disposition du Kanoun d'El-Ateuf contredit formellement l'opinion de ceux qui prétendent que les Abadhites n'admettent pas la peine de mort (V. *sup.*, p. 440, note 1).

(2 et 3) V. *sup.*, p. 441, notes 1 et 2.

(4) Dans le Kanoun de Beni-Isguen, le *Taazir* ne comprend que des peines dont le maximum n'atteint pas 40 coups de bâton (V. *sup.*, p. 439).

Les gens qui, dans l'intention de combattre, sortiront en armes, seront punis de la peine du *Nekal* dans les limites déterminées par la *Djemâa*, qu'il y ait eu ou non collision.

Celui qui résistera au droit ou portera atteinte à la religion, sera puni de mort (1), tant en l'*état secret* qu'en l'*état manifeste* (2). S'il n'est pas possible de le tuer, il sera bâtonné indéfiniment (3).

L'esclave qui s'enfuira de chez son maître, sera bâtonné indéfiniment (4), jusqu'à ce qu'il retourne chez lui.

La femme qui quittera la maison conjugale pour aller chez un autre homme, sera bâtonnée indéfiniment (5).

Sera passible de la même peine, tout individu qui fuira avec une femme en puissance de mari ou non mariée.

La même peine sera appliquée à celui qui fuira avec un jeune garçon, dans l'intention d'en abuser.

Celui qui s'enfuira avec une femme non mariée, dans l'intention de contracter mariage avec elle, sera puni de la peine de l'*Adeb*, c'est-à-dire de 20 coups de bâton, au maximum (6).

Quiconque crachera au visage de quelqu'un, lui lancera de la terre, des cendres, de l'eau ou toute autre matière qui atteindra son corps ou ses vêtements, sera puni d'une peine qui ne pourra être inférieure à 50 coups de bâton.

Celui qui frappera volontairement une bête de somme appartenant à autrui, subira la peine du *Nekal*.

Celui qui démolira un mur ou une toiture ne lui appartenant pas, subira la peine de l'*Adeb*, dont le maximum est de 20 coups de bâton (7).

Les injures seront punies de la même peine.

Tout attentat à la pudeur, consommé avec ou sans violence,

---

(1) V. *sup.*, p. 440, note 1.

(2) V. *sup.*, p. 441, notes 1 et 2.

(3, 4 et 5) Le nombre des coups de bâton à infliger au coupable est, ici, laissé à l'appréciation de la *Djemâa ;* le Kanoun n'intervient pas pour en fixer le maximum.

(6 et 7) Dans le Kanoun de Beni-Isguen, l'*Adeb* ne comprend que des peines dont le maximum est inférieur à 20 coups de bâton (V. *sup.*, p. 439).

sur la personne d'une vierge, sera puni du *Nekal;* le coupable devra, en outre, payer le montant de la dot (1).

Quiconque se sera rendu coupable de viol sur la personne d'une femme, devra payer le montant de sa dot (2) et subira la peine du *Nekal.*

Celui qui aura commerce charnel avec un garçon, devra payer le montant de la dot d'une femme *Tsib* (veuve ou divorcée) et subir la peine du *Nekal.*

L'individu inculpé de meurtre, qui refuse d'avouer le crime qui lui est reproché, pourra être emprisonné pendant un an (3). L'inculpation peut être basée sur le simple témoignage de gens honorables qui auraient vu l'inculpé venir de la direction du lieu du crime, au moment où ce crime a été commis (4).

Tout individu coupable de faux témoignage sera puni de 39 coups de bâton.

L'individu convaincu d'homicide volontaire sera remis au plus proche parent de la victime, qui sera libre de le tuer, d'accepter la *dia*, ou de faire grâce au coupable (5).

Néanmoins, dans le cas de grâce, la *Djemâa* incarcérera le coupable pendant un laps de temps à son appréciation, mais qui pourra être même de plusieurs années. Le criminel sera ensuite bâtonné indéfiniment (6).

(1 et 2) Il s'agit ici du paiement, non d'une amende, mais d'une indemnité allouée à la femme, à raison de ce fait que l'attentat à la pudeur ou le viol commis est de nature à rendre son mariage, sinon impossible, tout au moins très difficile, lorsqu'elle n'est pas mariée, — et à pousser le mari à la répudier, si elle est déjà engagée dans les liens du mariage.

(3 et 4) Il s'agit ici d'une sorte de contrainte par corps, destinée à provoquer l'aveu de celui contre qui existent des présomptions de culpabilité. — Elle est autorisée, également, par la législation musulmane orthodoxe (V. Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 31 et suiv.).

(5) V. *sup.*, p. 431, note 4. — Chez les Orthodoxes, si la victime ou ses héritiers ont toujours la faculté d'accepter le prix du sang, la plupart des jurisconsultes, cependant, blâment, en cas d'assassinat et en l'absence de circonstances atténuantes, celui qui renonce à l'exercice du talion (Van den Berg, *op. cit.*, p. 181 et 182).

(6) La législation orthodoxe consacre, sur ce point, des dispositions identiques. Si l'acceptation du prix du sang s'oppose à l'application d'une peine légale *(Had)*, elle n'empêche nullement le juge de prononcer une peine *Taazir* (Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 49; fasc. 2, p. 70).

Tout individu qui se refusera à prêter le serment légal qui lui aura été régulièrement déféré, sera incarcéré par le juge ou la *Djemâa*, jusqu'à ce qu'il ait juré ou fait des aveux (1).

Quiconque aura contrevenu aux règlements établis par la *Djemâa*, en montant sur la terrasse de la mosquée, en y déposant des ordures, en marchant dans un cimetière, en y laissant paître un animal, en y enlevant de l'herbe, du bois ou des pierres, ou en commettant toute autre contravention, sera puni d'une peine qui ne pourra être supérieure à 20 coups de bâton, suivant les uns, et qui, d'après les autres, pourra être de 40.

Les dégâts commis par un animal, dans un jardin ou dans un champ cultivé, seront à la charge du propriétaire de l'animal, qui sera tenu d'en payer le montant.

Les décisions de la *Djemâa* seront exécutoires dans un délai de trois jours. Passé ce délai, tout délinquant qui se refuserait à laisser exécuter l'arrêt prononcé contre lui, sera incarcéré.

Tous les instruments de musique, tels que musettes, tambourins, etc., sont interdits. Celui qui en ferait usage sera puni de la peine de l'*Adeb*, c'est-à-dire d'un maximum de 20 coups de bâton (2).

Tout individu de l'un ou de l'autre sexe qui, dans un lieu public tel que le marché, ou dans une réunion, aura adressé à quelqu'un des paroles obscènes ou outrageantes, mais ne renfermant pas l'imputation d'adultère ou de fornication, sera puni des peines de bastonnade ou de prison comprises dans l'*Adeb*. Si l'accusation ou l'injure renferme cette imputation, le coupable sera puni de la peine du *Taazir*.

Tout individu qui s'introduira dans la maison d'autrui sans

---

(1) Cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 1883 : « Si un ou plusieurs de ceux-ci (cojurants) refusent le serment, il sera référé à l'accusé ou aux accusés, et, faute par chacun d'eux de jurer cinquante fois de son innocence, et jusqu'à ce qu'il en jure, il demeurera en prison, sans qu'il lui soit permis de s'adjoindre un cojurant ».

L'emprisonnement est prononcé, soit par le cheikh de la mosquée, soit par la *Djemâa*, suivant que c'est devant le juge religieux ou devant le juge laïque que se produit le refus de prestation de serment.

(2) V. *sup.*, p. 447, notes 6 et 7.

autorisation, sans toutefois y faire des dégâts, sera puni des peines de l'*Adeb*.

Observations. — Le délinquant qui se sera rendu passible de plusieurs peines, subira la première. Dès qu'il sera guéri, il subira successivement toutes les autres peines prononcées contre lui (1).

---

(1) Cf. Khalil, *trad. Seignette,* art. 1773 : « Lorsqu'un même individu a été condamné à subir plusieurs mutilations à titre de talion, ou plusieurs peines criminelles pour infractions à la loi divine, et qu'il ne pourrait, sans danger de mort, les supporter l'une immédiatement après l'autre, il ne les subira que successivement, à des intervalles suffisants et en commençant par la plus forte, si l'on ne craint pas qu'il y succombe ». — Les législations primitives autorisent, presque toutes, le cumul des peines. Le droit romain l'admettait (L. 2, D., *de priv. delict.*). — De même, notre ancien droit : « Lorsqu'un accusé est convaincu de plusieurs crimes, dont chacun doit être puni d'une peine particulière, il doit être puni d'autant de peines qu'il y a de délits différents » (Jousse, *Just. crim.*, t. II, p. 643). — En sens contraire, art. 365 C. inst. crim.

Kanoun de Berrian.

Celui qui, dans une rixe, se servira d'une clef (1) pour en frapper son adversaire, sera puni d'une amende de 5 francs et paiera, en outre, le prix du sang (2); celui qui a été frappé paiera également 5 francs d'amende.

Si le délinquant s'est servi d'un casse-tête à bout ferré, l'amende sera portée à 25 francs.

Celui qui tirera son couteau sera puni d'une amende de 25 francs; s'il blesse son adversaire, l'amende sera portée à 40 francs.

Tout individu reconnu coupable d'homicide à l'aide d'un couteau, paiera une amende de 165 francs et sera banni pendant 2 ans, jusqu'à ce qu'il ait vu la mer (3); il pourra ensuite demander à rentrer. Il devra aussi payer la *dia* (4), si les parents de la victime la lui réclament; si ceux-ci ne veulent pas accepter la *dia*, le coupable restera banni.

Celui qui commet un meurtre au moyen d'une arme à feu, est passible des mêmes peines.

Quiconque commettra un vol dans une maison habitée, sera banni pendant 2 ans, jusqu'à ce qu'il ait vu la mer; il sera tenu à la restitution des objets volés et paiera une amende de 40 francs. Le bannissement durera tant que le coupable n'aura pas vu la mer (5).

Sera puni de la même peine, le vol commis dans un magasin ou dans un jardin habité, à l'aide d'une ouverture pratiquée dans le mur, au moyen d'une pioche.

---

(1) V. *sup.*, p. 431, note 3.

(2) V. *sup.*, p. 431, note 4.

(3) V. *sup.*, p. 431, note 1.

(4) V. *sup.*, p. 431, note 4.

(5) V. *sup.*, p. 431, note 1.

Le vol de dattes, sur un palmier, sera puni d'une amende de 15 francs.

Le vol de fruits sera puni d'une amende de 5 à 15 francs.

Si l'auteur du vol est reconnu voleur de profession, il sera banni de la ville.

Toute insulte par paroles sera punie d'un réal (1) d'amende (0 fr. 60 cent.).

---

(1) V. *sup.*, p. 427, note 3.

Kanoun de Guerara.

Les amendes sont proportionnées aux délits commis.

Un homme surpris dans une maison est puni d'une amende de 100 réaux et banni pendant 4 ans ; il doit se rendre dans une ville éloignée, comme Alger, Tunis ou Oran (1).

Celui qui vole dans un jardin est puni d'une amende de 25 réaux (2) et banni pendant 2 ans.

Celui qui fait des blessures à l'aide d'un couteau, d'une faucille, d'une pioche ou d'une clef (3), est puni d'une amende de 25 réaux.

Si le coupable ne s'est servi que d'un bâton, il ne lui est infligé qu'une amende de 5 réaux.

Les délinquants sont, en outre, tenus de payer aux victimes l'indemnité fixée par la loi.

Ne sera tenu de payer ni amende, ni *dia*, celui qui aura tué un individu qui s'est introduit nuitamment dans sa maison.

L'individu coupable de meurtre est livré à la famille de la victime, qui reste libre de le tuer, de lui faire grâce ou d'accepter la *dia*. Il lui est infligé, en outre, une amende de 100 réaux (4).

Dans le cas d'homicide involontaire, la fraction est tenue de payer la *dia* pour le coupable (5). Celui-ci devra verser, en outre, une amende de 50 réaux.

---

(1) V. *sup.*, p. 431, note 1.

(2) V. *sup.*, p. 427, note 3.

(3) V. *sup.*, p. 431, note 3.

(4) V. *sup.*, p. 431, note 4, et p. 448, note 6.

(5) Cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 1834 : « La composition légale pour homicide, blessures ou coups involontaires, commis sur la personne d'un homme libre, et autrement prouvés que par simple aveu, est à la charge de l'offenseur et de sa tribu. » — Vraisemblablement, cette mise en cause de la fraction ou de la tribu n'est que la survivance des usages en vigueur à une époque où il n'y a pas, à proprement parler, de relations individuelles, et où les conflits nés entre individus mettent aux prises leurs familles respectives et se règlent entre celles-ci.

XII

L'ISLAMISATION
DES
POPULATIONS DE L'AURÈS

XII

L'ISLAMISATION DES POPULATIONS DE L'AURÈS

1. — Les habitants de l'Aurès sont, pour la plupart, des autochtones, c'est-à-dire des Berbères. On les nomme *Chaouïa* (1), et ils parlent un dialecte berbère, dit *Chaouï* (2). — Seuls, les *Ouled Zeïan* sont considérés comme étant de race arabe (3) ; ils occupent les oasis de Branis, de Djemora, de Beni-Souik. — D'autre part, « les basses vallées sont, plus ou moins, habitées par des populations mêlées de berbère et d'arabe » (4). — Enfin, l'on rencontre, au cœur même de l'Aurès, un certain nombre de familles maraboutiques d'origine arabe, selon les uns (5), — venues du Sud marocain, selon d'autres (6) ; tels sont, à Menâa, les *Ben Habbas*, originaires de la *Saguiyat el-Hamra*.

Les habitants de l'Aurès sont, à la fois, sédentaires et nomades. Cela s'explique par ce fait que « l'Aurès entier se divise en deux parts : l'une, bonne, tout au plus, à nourrir quelques moutons ;

(1) Noellat, *L'Algérie en 1882*, p. 88.

(2) Masqueray, *Documents historiques recueillis dans l'Aurès ;* Rev. Afr., t. XXI, p. 97.

(3) Masqueray, *loc. cit. ;* — Busson, *Les vallées de l'Aurès ;* Annales de géog., t. IX, p. 47 et 48.

(4) Noellat, *op. cit.*, p. 88.

(5) *Eod. loc.*

(6) Masqueray, *Lettre à Duveyrier, du 15 juin 1876 ;* Ann. de la Soc. de géog. de Paris, 1076, p. 52 et 53.

l'autre, fertile en blé, en orge et même en maïs, dans les parties basses » (1) ; que la population de cette région est extrêmement dense, et qu'aucune tribu ne possède une étendue de terre suffisante pour vivre de ses produits. D'où ce « genre de vie, à la fois nomade et sédentaire. Ces tribus ont quelques terres de labour, elles possèdent quelques troupeaux, elles cultivent quelques palmiers dans la zone saharienne, et c'est le tout qui leur permet de vivre » (2).

2. — Lors de l'établissement de la domination française dans l'Aurès, les habitants de ce massif montagneux vivaient groupés en confédérations, toujours en guerre les unes avec les autres ; — ils étaient régis par des coutumes locales analogues à celles des Kabyles ; — ils ne comprenaient ni ne parlaient, pour la plupart, la langue arabe ; — enfin, certains de leurs usages rappelaient des fêtes romaines ou chrétiennes (3).

Or, en dépit de l'occupation française, cet état de choses se maintint pendant un certain nombre d'années, car, jusqu'en 1866, pour ainsi dire, la souveraineté de la France ne se manifesta que par la perception de l'impôt et l'envoi de colonnes mobiles chargées de rétablir la paix entre tribus ou de réprimer des insurrections.

Mais, à cette époque, on se préoccupa de rendre cette souveraineté plus effective, et, notamment, de réorganiser administrativement et judiciairement le pays. En ce qui concerne le fonctionnement de la justice, cette intervention de l'autorité française se manifesta par la nomination d'un certain nombre de cadis chargés de statuer sur les contestations entre indigènes.

Cette désignation modifiait profondément l'organisation judiciaire de l'Aurès. Cette organisation, jusqu'alors, avait continué d'être fixée par la coutume, et chaque village ayant la sienne, cette organisation judiciaire variait d'un village à l'autre. Dans certains villages, par exemple, les contestations étaient sou-

---

(1 et 2) *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie*, p. 153.

(3) Masqueray, *Rev. Afr.*, t. XXI, p. 99.

mises au jugement de la *djemâa;* dans d'autres, elles étaient portées devant un ancien, — ou devant plusieurs anciens, si elles mettaient aux prises des plaideurs appartenant à plusieurs fractions d'un même village; enfin, celles qui s'élevaient entre individus de tribus différentes, étaient tranchées par des anciens choisis dans ces tribus. Mais, nulle part, dans l'Aurès, il n'y avait de cadi. En sorte que la réforme réalisée, à cette époque, a eu pour conséquence, non seulement l'uniformisation de l'organisation judiciaire, mais, aussi, l'établissement d'une organisation judiciaire nouvelle.

D'autre part, l'établissement de la juridiction des cadis n'a pas eu simplement pour résultat de donner aux Aurasiens des juges nouveaux; chose beaucoup plus grave, il les a soumis à une loi nouvelle. Car les cadis, juges musulmans, ont jugé d'après la loi musulmane, et non plus d'après la coutume ; ils ont appliqué les principes contenus dans le Précis de Jurisprudence de Khalil, et non plus ceux que consacraient les *Kanouns* propres à chaque village. Et, ainsi, par la jurisprudence, s'est réalisée progressivement l'islamisation des populations de l'Aurès.

A l'heure actuelle, toutefois, cette islamisation n'est pas encore complète. Il n'y a rien là, d'ailleurs, qui doive surprendre. Les règles de la loi musulmane et celles de la coutume aurasienne touchant le droit de famille, par exemple, le régime successoral ou celui des biens, ne concordent pas toujours. On constate, même, entre elles, sur certains points, des différences très notables, extrêmement accusées. Il est, dès lors, tout naturel que sur ces points spéciaux, notamment, des résistances à l'islamisation se soient produites, et qu'en dépit des décisions des cadis, l'on ait continué à se plier spontanément, volontairement, aux prescriptions de la coutume; on ne peut, en effet, obtenir d'un peuple que, du jour au lendemain, il rompe avec ceux de ses usages auxquels il est le plus attaché, et adopte une manière de vivre tout à fait différente de la sienne.

Or, c'est sur certaines manifestations assez curieuses de cette survivance des coutumes aurasiennes, que nous nous proposons d'attirer l'attention.

I

3. — Chez les Berbères non arabisés, l'idée que le mariage est un contrat de vente, l'acte par lequel le mari achète une femme, s'est maintenue dans toute sa brutalité. La femme est la chose du mari, et elle reste sa chose, tant que le mari n'a pas renoncé aux droits que le mariage lui a conférés sur elle. C'est ainsi que si le mari peut rompre le mariage par la répudiation, rendre la femme à sa famille, sans que la justice ait à intervenir et sans qu'il ait besoin de justifier sa manière d'agir, — la femme, au contraire, ne peut, à son gré, recouvrer sa liberté ; elle n'a même pas la ressource de provoquer le divorce, d'obtenir du juge une sentence prononçant la rupture de l'union conjugale et l'affranchissant de la puissance maritale, si graves que puissent être les torts du mari à son égard. Tout au plus, dans cette dernière hypothèse, l'autorise-t-on à quitter le domicile du mari, à se réfugier dans sa famille ; mais le mariage n'en subsiste pas moins, et la femme reste placée dans la dépendance de son époux.

D'autre part, si le mari est libre de rompre, à son gré, le mariage, et de renoncer, lorsqu'il lui plaît, aux droits qu'il a sur sa femme, — il a toujours la faculté de mettre, à cette rupture ou à cette renonciation, le prix qu'il lui convient. Il peut, notamment, stipuler, de la famille de la femme, la restitution du prix d'achat payé par lui, ou encore déclarer que la femme ne pourra se remarier, qu'autant que telle somme d'argent, fixée par lui, aura été versée par le prétendant.

4. — Or, sous l'empire de la loi musulmane, la condition de la femme est singulièrement meilleure. Certes, pour les Musulmans comme pour les Arabes de l'époque préislamique, le mariage a conservé son caractère primitif : c'est toujours une vente. « Le don nuptial, dit Khalil, est l'analogue d'un prix de vente » (1). Mais, les réformes réalisées par le Prophète, dans

(1) V. *sup.*, Le Mariage.

l'intérêt de la femme, ont fait écarter quelques-unes des conséquences juridiques les plus graves découlant de cette conception. C'est ainsi que si le mari peut toujours répudier sa femme, en d'autres termes, rompre le mariage par le seul effet de sa volonté, — la femme s'est vu conférer le droit de provoquer, dans certains cas, le divorce, et d'obtenir du juge une sentence emportant dissolution du mariage. Si bien que la femme musulmane est en situation, lorsque, notamment, le mari ne remplit pas les obligations dont il est tenu vis-à-vis d'elle, de recouvrer sa liberté contre le gré de ce dernier.

En outre, lorsque le mariage vient à se dissoudre autrement que par le consentement des époux, s'il prend fin par la répudiation, par exemple, ou un jugement de divorce obtenu par la femme, — le mari ne peut obtenir la restitution de la dot payée par lui que dans des cas limitativement déterminés par la loi; il n'a jamais à consentir à un nouveau mariage de la femme, et n'a pas la faculté d'entraver cette nouvelle union en stipulant qu'elle ne pourra avoir lieu qu'autant qu'une certaine somme lui aura été préalablement soldée.

5. — Dès lors, l'établissement, dans l'Aurès, de cadis musulmans, jugeant d'après la loi musulmane, est venu fournir aux femmes indigènes de ce pays, ayant à se plaindre de leurs maris, les moyens de s'affranchir de la puissance maritale. Elles n'ont pas manqué d'y recourir. Le nombre des instances en divorce n'a pas tardé à devenir considérable, et considérable, également, a été le nombre des demandes accueillies par les cadis. Nantie d'un jugement de divorce régulièrement rendu contre son mari, la femme rentrait dans sa famille, ayant, conformément aux principes, ci-dessus relatés, de la loi musulmane, reconquis son indépendance. Elle aurait dû pouvoir se remarier librement, semble-t-il, et sans avoir besoin d'acheter ni même de prendre l'assentiment de son ancien mari. De même, aussi, la femme répudiée, — la répudiation musulmane faisant perdre au mari tous les droits qui lui appartenaient, antérieurement, vis-à-vis de sa femme.

Mais, ce n'est point, en fait, ainsi que les choses se passent. Il n'est pas, en effet, de femme divorcée ou répudiée qui contracte une nouvelle union sans prendre le consentement de son ancien mari, et sans que celui-ci, pour prix de son assentiment, ait reçu une certaine somme ou un objet déterminé. Si bien, qu'en la circonstance, la tradition et les mœurs ont été les plus fortes; la coutume a eu raison de la loi. Et, la femme aurasienne divorcée n'a pas, aujourd'hui, plus de liberté que n'en avait, autrefois, dans l'Aurès, la femme répudiée ou renvoyée.

Il y a là, d'ailleurs, une situation de fait que certains magistrats indigènes ont signalée, qu'ils déplorent, et qui n'est point exempte d'inconvénients. Par suite de la faculté reconnue à la femme de requérir le divorce, le nombre des femmes séparées de leurs maris est devenu considérable. Comme ces femmes ne peuvent, en fait, se remarier que si elles trouvent un prétendant consentant à solder, à l'ancien mari, une sorte de prix de rachat, elles sont d'un placement assez difficile ; — et comme, d'autre part, elles sont assez mal accueillies dans leur famille, pour laquelle elles constituent une charge, elles viennent augmenter, pour la plupart, le contingent des prostituées. — Ainsi s'expliquent, peut-être, dans une certaine mesure, ce dérèglement dans les mœurs, cette absence de moralité que tous ceux qui ont exploré l'Aurès ne manquent pas de reprocher aux femmes Chaouïas (1).

---

(1) De Lartigue, *Monographie de l'Aurès*, p. 387 et suiv.

II

6. — L'application qui, depuis plus de quarante ans, a été faite aux Berbères de l'Aurès, de la législation musulmane, ne les a point amenés, non plus, à rompre complètement avec leur régime successoral coutumier.

En droit musulman, et ce fut une innovation réalisée par le Prophète, les femmes ne sont pas nécessairement, et à raison de leur sexe, privées de toute vocation héréditaire. Elles ne sont pas, il est vrai, placées avec les mâles sur un pied d'égalité. Tantôt, en effet, elles sont héritières à réserve, et leur vocation est limitée, restreinte à une part déterminée de la succession ; — tantôt, elles sont héritières universelles, et leurs parts sont, alors, inférieures de moitié à celles des mâles. Il n'en est pas moins vrai que, sous l'empire de la loi musulmane, la femme n'est plus, à raison de son sexe, écartée de la succession de ses parents.

Toutefois, les réformes ainsi réalisées par le Prophète, dans l'intérêt de la femme, ne furent pas acceptées sans difficultés par les premiers Musulmans. Ceux-ci s'efforcèrent, par le moyen du *hobous*, c'est-à-dire de fondations pieuses, d'enlever à la femme le bénéfice de la vocation héréditaire que la loi coranique lui reconnaissait ; ils disposèrent de leurs biens en faveur d'institutions pieuses ou d'utilité générale, en stipulant qu'avant de parvenir au bénéficiaire désigné, l'usufruit des biens donnés appartiendrait à certains héritiers, généralement aux héritiers mâles, à l'exclusion des femmes ; et la jurisprudence, ne retenant de ces libéralités que leur apparence pieuse, finit par en admettre la légalité (1). Et aujourd'hui, encore, il arrive, fréquemment, que les actes constitutifs de *hobous* réservent aux héritiers mâles la jouissance des biens hobousés et n'ont, en réalité, d'autre but que d'exclure les femmes de la succession.

---

(1) V. *sup.*, La nature juridique du Hobous

Mais, quoi qu'il en soit, en droit musulman, la femme n'est plus, en tant que femme, inhabile à succéder ; elle a une vocation héréditaire, que l'emploi de certains expédients, tels que le *hobous*, peut rendre illusoire, mais qui l'autorise, en principe, à revendiquer, dans la succession de ses parents, les droits que la loi lui confère.

7. — Or, chez les Aurasiens, comme chez les Berbères de la Kabylie, comme chez les Arabes de l'époque préislamique, les coutumes refusent, en principe, aux femmes, toute vocation héréditaire. Les femmes n'héritent pas ; les fils seuls héritent, et, à leur défaut, les neveux.

Mais, lorsque la juridiction du cadi musulman eut remplacé, dans l'Aurès, les anciennes juridictions locales, il arriva que des femmes, écartées de la succession de leurs parents, par les héritiers mâles, s'insurgèrent contre cette exclusion, et portèrent leurs réclamations devant le cadi. Celui-ci leur donna gain de cause, et les fit admettre au partage des biens héréditaires, pour y exercer les droits que leur reconnaissait la législation coranique.

8. — Il s'est, alors, produit dans l'Aurès un phénomène identique à celui qui se produisit chez les Arabes des premiers siècles de l'Hégire, et qui vient d'être relaté. Les Aurasiens ont cherché, dans le *hobous*, un moyen d'assurer, en dépit des cadis, l'application des dispositions de leurs coutumes qui consacraient l'incapacité successorale des femmes. Les *hobous*, qui étaient très rares, sont devenus extrêmement nombreux, et c'est, toujours, aux seuls héritiers mâles du constituant qu'est réservée la jouissance des biens hobousés, avant qu'elle ne parvienne au bénéficiaire définitif, à l'institution pieuse ou d'utilité générale désignée par le fondateur. Si bien que, dans l'Aurès, les femmes continuent à ne point hériter, comme à l'époque où, seule, la coutume réglait la dévolution des successions.

III

9. — Cette institution du *hobous* va, d'ailleurs, nous permettre de signaler un dernier exemple de cette résistance des populations de l'Aurès à l'islamisation.

A l'époque où, dans cette région, la dévolution des successions s'opérait conformément à la coutume, l'on n'avait pas besoin de recourir au *hobous* pour consommer l'exclusion des femmes. Aussi, les constitutions de *hobous* étaient-elles, comme à l'heure actuelle encore, en Kabylie, d'ailleurs, relativement rares. Et, celles qui intervenaient, procédaient, généralement, d'une intention réellement pieuse. Mais, malgré que cette institution eût été empruntée au droit musulman, il s'en fallait de beaucoup que les règles de la loi musulmane, voire même, les règles fondamentales, lui fussent appliquées. En s'appropriant cette institution, les Aurasiens l'ont transformée, on peut même dire, complètement défigurée. C'est ainsi que, tandis que, sous l'empire de la loi musulmane, il est des principes généraux auxquels obéit toute constitution de *hobous*, quelle qu'elle soit et en quelques circonstances qu'elle intervienne, qu'il y a un *hobous* musulman, et non pas plusieurs sortes de *hobous*, — l'étude des coutumes de l'Aurès nous révèle l'existence d'une assez grande variété de fondations groupées sous le vocable de *hobous ;* le *hobous meghelleg*, par exemple, qui ne soustrait pas le bien hobousé à la saisie des créanciers, — ou encore le *hobous messerah*, qui laisse au bénéficiaire la faculté d'aliéner (1).

Or, à l'heure actuelle, encore, les indigènes de l'Aurès qui constituent *hobous*, se réfèrent toujours aux principes consacrés, en la matière, par leurs coutumes, et non aux règles du droit musulman. La conception traditionnelle qu'ils avaient de cette institution ne s'est pas modifiée.

10. — Il n'est pas douteux, cependant, qu'avec le temps, l'is-

(1) De Lartigue, *op. cit.*, p. 475.

lamisation des populations de l'Aurès ne finisse par être complète. — Or, cette islamisation est-elle avantageuse? Ne la faut-il pas, au contraire, regretter ?

Il est incontestable, qu'à certains égards, la loi musulmane est très supérieure à la coutume berbère, qu'elle est, notamment, plus humaine. Il est bien certain qu'elle fait à la femme, par exemple, une situation meilleure, et, qu'appliquée plus strictement, à la longue, elle assurera à la femme aurasienne, matériellement et moralement, dans la famille, une place qu'elle est loin d'occuper aujourd'hui.

Mais, ainsi qu'on l'a fait observer à différentes reprises, l'Islam est une religion qui ne compte guère d'apostats, si bien que l'islamisation marque souvent, pour le peuple islamisé, un temps d'arrêt dans son évolution ; elle l'entrave dans sa marche vers la civilisation ; elle ferme, en quelque sorte, la voie à l'assimilation et au progrès.

XIII

LES RITES RELATIFS A LA CHEVELURE

CHEZ

LES INDIGÈNES DE L'ALGÉRIE

XIII

LES RITES RELATIFS A LA CHEVELURE

CHEZ

LES INDIGÈNES DE L'ALGÉRIE

On a signalé, à différentes reprises, en ce qui concerne l'Arabie, l'accomplissement de certaines pratiques, l'usage de certains rites relatifs aux cheveux (1). On s'est, le plus souvent, borné à de simples indications. Il est, toutefois, un auteur, Goldziher, qui a consacré une étude spéciale au *Sacrifice de la chevelure*, sacrifice opéré par des veuves, généralement, dans le but de manifester leur douleur, de témoigner de leurs regrets, et dans lequel le savant orientaliste a vu une survivance de l'ancien culte des ancêtres et des morts, très en faveur chez les Arabes de l'époque préislamique, — l'accomplissement d'un acte de culte, d'un rite religieux (2).

Pour ce qui est des Musulmans de l'Afrique du Nord, des renseignements relatifs à des faits du même ordre ont été fournis par Daumas (3), Basset (4), Doutté (5). — Nous nous

---

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 230 ; — Robertson Smith, *Kinship and marriage in early Arabia*, p. 152 et suiv. ; — P. Jaussen, *Coutumes des Arabes au pays de Moab*, p. 94 et 333.

(2) Goldziher, *Le culte des ancêtres et le culte des morts chez les Arabes ;* Rev. de l'Hist. des Rel., t. x, p. 351 ; — *Le sacrifice de la chevelure chez les Arabes,* eod. loc., t. xiv, p. 59.

(3) *La vie arabe et la société musulmane*, p. 513.

(4) *Mélusine*, t. ii, p. 360.

(5) *Les tas de pierres sacrés et quelques pratiques connexes dans le Sud du Maroc*, p. 35 ; — *Merrakech*, p. 97 ; — *Magie et religion dans l'Afrique du Nord*, p. 445 et suiv.

proposons de les compléter, de faire connaître, concernant la chevelure, quelques pratiques dont il semble que, jusqu'ici, aucune publication n'ait fait mention, en nous efforçant d'en préciser le sens, d'en déterminer le véritable caractère (1).

I. — Le sacrifice de la chevelure, tel qu'il était et est encore pratiqué en Arabie, et que l'a étudié Goldziher, n'est pas inconnu en Algérie, mais il ne s'y accomplit que très exceptionnellement. Ce rite, en effet, paraît y être spécial à quelques tribus nomades du Sud oranais, et à quelques grandes familles du département de Constantine. D'autre part, là où il est pratiqué, il ne l'est pas toujours dans des circonstances identiques. Tantôt, il se produit à l'occasion d'un décès, et revêt, alors, le double caractère de signe extérieur de la douleur et d'acte de culte ; — tantôt, aussi, il intervient en l'absence de tout événement triste, et ne saurait avoir, dans ce cas, qu'une signification religieuse.

Dans la famille des *Resgui*, de la tribu des *Hanenchas*, par exemple ; chez les *Ouled Sidi Yahia ben Taleb*, du *Dir* (massif montagneux dans la région de Tébessa), les *Ben Merad*, des environs de Guelma, et les *Ouled Bouzid*, non loin d'Aïn-Beïda, — lorsqu'un homme meurt, sa mère, sa veuve, sa sœur et sa fille se coupent les cheveux et prennent des vêtements noirs. C'est la femme elle-même qui doit couper sa chevelure. Celle-ci est, alors, recueillie avec soin par les serviteurs, les parents, le plus souvent par une vieille femme de la famille, puis portée au cimetière et enterrée, d'ailleurs, sans aucune cérémonie. Les familles dont il s'agit ont toujours, dans le cimetière, quelque vieille tombe d'un ancêtre vénéré ; on en soulève la pierre, et les cheveux y sont enfermés (2). — Or, ainsi que le

(1) Notre tâche a été singulièrement facilitée par les intéressantes communications qu'ont bien voulu nous adresser, en réponse à nos demandes de renseignements, le regretté de Motylinski, alors directeur de la médersa de Constantine ; M. le capitaine Charlet-Cozon, des Affaires indigènes ; M. Godin, substitut du Procureur de la République à Guelma, à l'obligeance de qui nous avons le devoir de rendre publiquement hommage.

(2) Les *Cheurfas* du Sud oranais, au contraire, laissent, paraît-il, croître leurs cheveux et s'abstiennent de les couper pendant toute la durée de leur

remarque Goldziher, à l'occasion de pratiques analogues, dans le cas spécial qui nous occupe, le sacrifice de la chevelure doit, sans doute, être considéré comme une manifestation extérieure de la douleur (1), mais le fait de l'enfermer dans une tombe semble bien être l'accomplissement d'un acte de culte (2).

Mais, tantôt, aussi, a-t-il été dit plus haut, le sacrifice des cheveux intervient en l'absence de tout événement triste, et ne saurait avoir, alors, qu'une signification religieuse. C'est ainsi que, dans la tribu maraboutique des *Bou Halia,* certaines femmes se coupent les cheveux par humilité, pour se défaire d'une parure, et afin qu'il ne soit pas dit qu'elles cherchent à être belles. Et, lorsqu'une de ces femmes s'est acquis une grande réputation de sainteté, la chevelure coupée est déposée dans une *kouba,* près d'un marabout. Il en est donné à ceux qui veulent la *baraka* de la maraboute. Cette distribution s'opère, quelquefois, du vivant de cette dernière, et par ses soins.

Ces pratiques sont, vraisemblablement, d'origine arabe ou, tout au moins, orientale, et l'on ne saurait y voir la survivance d'usages berbères.

Elles ne se constatent, en effet, en Algérie, que dans des tribus ou familles de noblesse militaire, se disant de race arabe, — ou de noblesse religieuse, et dès lors, se considérant comme les dépositaires des traditions les plus pures de l'islamisme. Car, M. Godin, — lequel a bien voulu, sur la demande que nous lui en avons faite, recueillir pour nous les renseignements

---

deuil. — D'autre part, d'après Daumas (*op. cit.*, p. 143), « le deuil, chez les hommes, consiste à ne pas se faire raser la tête pendant quarante jours, comme à ne pas changer de vêtements pendant le même laps de temps ».

(1) Voir la note 2 de la page précédente.

(2) Goldziher, *Le culte des ancêtres et le culte des morts chez les Arabes;* Rev. de l'Hist. des Rel., t. x, p. 351 et 352. — Dans une étude publiée sur le *Culte des morts chez les Hébreux* (Journ. asiat., nov.-déc. 1901), M. Guérinot constate que le sacrifice de la chevelure et de la barbe est pratiqué, non seulement chez les Hébreux, mais aussi chez tous les Sémites. Il se refuse, toutefois, à voir, dans ce sacrifice, un acte de culte à l'égard des morts. Il le considère comme un acte de purification, destiné à laver la souillure causée par le contact du mort, celui-ci étant impur. Mais telle ne saurait être la signification de cette pratique chez les indigènes de l'Algérie, car on ne s'expliquerait pas l'enfouissement des cheveux coupés dans la tombe d'un ancêtre ou d'un parent.

ci-dessus mentionnés, — a eu soin de noter que les *Ouled Sidi Yahia ben Taleb*, les *Ouled Bouzid* et les *Bou Halia* sont de noblesse religieuse, — que les *Resgui*, grande famille de noblesse militaire, se donnent, pour ancêtres, des Arabes venus d'Égypte en Algérie au XIe siècle, à la suite de l'invasion hilalienne, — et que les *Ben Merad* affichent des prétentions identiques.

Et, cependant, le sacrifice des cheveux, ainsi accompli comme une manifestation extérieure de la douleur, est condamné par la *Sonnat*. Bokhari rapporte, en effet, dans son *Çahih*, qu' « Abou Borda ben Abou Mousa a dit : Abou Mousa, à la suite d'une indisposition, s'évanouit au moment où sa tête reposait sur le giron d'une de ses femmes ; il ne put donc alors réprimer les cris de cette femme ; mais, lorsqu'il revint à lui, il dit : « Je désavoue celle que l'Envoyé de Dieu a désavouée : or, l'Envoyé de Dieu a désavoué la femme qui, en signe de deuil, crie, *se rase la tête*, ou déchire ses vêtements » (1). — Mais, ainsi que le fait remarquer Snouck-Hurgronje, « la tradition est une forme littéraire employée par les savants musulmans de tous les temps, pour exprimer leur propre interprétation d'un fait, ou leur propre réponse à une question qui s'est présentée à leur esprit... Les nombreuses traditions conservées jusqu'à ce jour n'ont d'utilité qu'à la condition d'être considérées comme l'expression de la vie spirituelle, à l'époque où elles ont été composées » (2). — D'ailleurs, on n'eût pas cru devoir chercher, dans un hadits, l'interdiction du sacrifice de la chevelure, si, au moment où ce hadits fut imaginé, l'on se fût trouvé en présence de faits isolés, si ce sacrifice n'avait été de pratique courante. — Enfin, les exemples cités par Goldziher établissent péremptoirement, non seulement l'existence de cet usage chez les Arabes de l'époque préislamique, mais aussi sa survivance aux réformes réalisées par le Prophète.

Or, le sacrifice des cheveux s'opère, en Algérie, dans des con-

---

(1) *Trad. Houdas et Marçais*, t. I, p. 419.

(2) Snouck-Hurgronje, *Contributions récentes à la connaissance de l'Islam ;* Rev. de l'Hist. des Rel., t. XX, p. 77.

ditions presque identiques à celles qu'a relatées Goldziher, et qui marquent son accomplissement en Arabie. Là, comme ici, il revêt le double caractère d'acte destiné à la manifestation de la douleur et d'acte de culte. C'est là une constatation qui, jointe à celle précédemment faite, relativement à l'origine ou au caractère religieux des tribus algériennes où s'en est conservé l'usage, permet d'affirmer la provenance orientale de ce dernier.

Cette affirmation ne soulève plus, d'ailleurs, la même objection, lorsque le sacrifice des cheveux n'intervient pas à l'occasion d'un décès ou d'un événement triste, — et qu'il est suivi du partage de la chevelure coupée entre fidèles musulmans. Car, il apparaît, alors, comme une pratique parfaitement conforme à la tradition islamique, une pratique imitative dont l'on peut retrouver l'origine dans les actes du Prophète, ainsi que cela résulte des hadits suivants : « Ibn Sarin rapporte qu'il dit à Obaïda : « Nous avons des cheveux du Prophète ; ils nous sont parvenus par Anas ou par la famille d'Anas. — Posséder un seul cheveu de lui, s'écria Obaïda, me fera plus de plaisir que d'avoir le monde entier et tout ce qu'il contient. — D'après Anas, lorsque l'Envoyé de Dieu se fut fait raser la tête (au pèlerinage d'adieu), Abou Talha fut le premier à ramasser de ses cheveux » (1).

En résumé, le sacrifice de la chevelure n'est pratiqué, en Algérie, que très exceptionnellement, et il apparaît, alors, soit comme un usage se rattachant à l'ancien culte des morts ou des ancêtres, importé, en Algérie, par les conquérants arabes, — soit comme un rite conforme à la tradition islamique, — en tout cas, comme un usage de provenance étrangère, dû à une influence orientale.

II. — Mais il est, en Algérie, d'autres pratiques relatives à la chevelure, qui semblent bien être de provenance locale, d'origine berbère, — car, elles ne sont guère en usage que chez nos Berbères non arabisés.

---

(1) Bokhari, *trad. Houdas et Marçais*, t. I, p. 76 et 77.

En Kabylie, par exemple, les cheveux coupés, qu'ils proviennent de la tête d'un homme ou de celle d'une femme, sont recueillis soigneusement et dissimulés dans les trous des murs de la maison. Il faut les soustraire à tout contact.

Un instant, nous avons songé à justifier cette pratique par la théorie de la transmission du mal (1). Les cheveux, comme les ongles, sont le siège de principes morbides, ou peuvent être habités par quelque *djinn* (2). En les coupant, on supprime la cause du mal, et en rendant, par l'enfouissement, tout contact impossible, on rend, également, impossible toute rechute ou toute transmission du mal.

Mais, les indigènes que nous avons consultés sur ce point, ont été unanimes à nous donner l'explication suivante : la possession des cheveux d'une personne permet, grâce à l'accomplissement de certains rites magiques, de jeter à celle-ci un mauvais sort ; de sorte qu'en cachant ses cheveux, en les dissimulant dans un endroit que des gens malintentionnés ne peuvent atteindre, on échappe aux entreprises de ces derniers, on rend impossibles leurs pratiques de sorcellerie.

Et quelques indigènes des environs de Tizi-Ouzou ajoutaient qu'il est encore d'autres dangers auxquels s'expose celui qui, ayant coupé ses cheveux, ne prend pas soin de les cacher : il encourt la calvitie, par exemple, si ses cheveux viennent à être recueillis par un oiseau qui les utilise pour la confection de son nid.

De même, au Mzab, les Mozabites qui se font raser la tête, ramassent soigneusement les cheveux coupés ; ils les placent dans leur main droite, qu'ils promènent sept fois autour de leur tête, crachent sur ce paquet de cheveux, puis le placent dans quelque trou de mur. Laisser les cheveux à terre, nous disait M. le capitaine Charlet-Cozon, alors détaché au bureau arabe de Ghardaïa, serait s'exposer à les voir fouler aux pieds par quelque passant ; et cette profanation occasionnerait de graves

(1) Doutté, *loc. cit.*

(2) Basset, *loc. cit.*

maux de tête ; elle pourrait même aller jusqu'à engendrer la folie.

Quant aux femmes mozabites, elles ont coutume de se peigner une fois par semaine, de préférence le vendredi. Les cheveux arrachés de la tête, au cours de cette opération, sont recueillis. Quelquefois, on les incinère (1), et la cendre est jetée au vent, après, qu'au préalable, il a été craché sur elle. Mais, le plus souvent, ils sont placés dans un chiffon, et le paquet, ainsi constitué, est enterré dans un cimetière ou jeté dans un puits abandonné. — Il s'agit, ici encore, d'empêcher que les cheveux ne puissent être employés dans la préparation de certains mets ou la confection de certains talismans, au moyen desquels un mauvais sort pourrait être jeté.

Il s'agit, en somme, en Kabylie comme au Mzab, de véritables pratiques de sorcellerie, présentant entre elles les plus grandes analogies, s'inspirant des mêmes motifs, en usage chez des populations ayant une origine commune, et, sinon autochtones, établies, tout au moins, depuis un temps immémorial dans l'Afrique du Nord Il est, dès lors, parfaitement légitime, semble-t-il, de rattacher ces pratiques à des superstitions locales.

Ces pratiques, il est vrai, se constatent, quelquefois, en pays arabe, chez des Arabes ou Berbères arabisés. M. de Motylinski a observé, notamment, qu'à Constantine, les femmes arabes dissimulent leurs cheveux sous les tuiles de leurs maisons. — De même, dans la région de Souk-Ahras, les cheveux coupés, arrachés ou tombés, sont soigneusement enfouis. — Mais ce sont là des faits isolés. — En sorte que les usages qui viennent d'être signalés, ne sont communément suivis que chez ceux de nos indigènes qui sont de race berbère et qui n'ont point été

(1) L'incinération n'est que très exceptionnellement pratiquée ; on ne sait jamais ce que deviennent les cendres, ni où le vent les emporte, et on pense que l'enfouissement, mieux que l'incinération, défend, contre les entreprises des tiers, les objets que l'on veut empêcher de tomber entre leurs mains. C'est ainsi que nos indigènes, qui se préoccupent toujours d'éviter une souillure aux vieux papiers revêtus de caractères écrits ou imprimés, parce que, peut-être, le nom de Dieu s'y trouve, les enterrent, mais ne les brûlent pas.

arabisés. — Ces pratiques sont, vraisemblablement, d'origine berbère (1).

III. — Enfin, lors de notre séjour à Ghardaïa, nous remarquâmes sur le bord de l'Oued Mzab, près du barrage qui sert, en même temps, de décharge publique, une excavation au fond de laquelle étaient empilés, pêle-mêle, des paquets de cheveux enveloppés dans des chiffons. Les explications qui nous furent fournies par les indigènes, nous donnèrent à penser, tout d'abord, qu'il s'agissait là de cheveux déposés par des veuves, et que celles-ci avaient coupés en témoignage de leur affliction, et nous nous crûmes en présence de l'un de ces faits de sacrifice de la chevelure étudiés par Goldziher.

Mais, nous avons soumis ces indications au contrôle de M. de Motylinski, pour qui les choses du Mzab n'avaient guère de secrets. Et le savant arabisant nous a fait connaître que les cheveux, ainsi déposés sur les bords de l'Oued Mzab, le sont par la colonie juive de Ghardaïa. Dans les familles juives indigènes, on ramasse les cheveux de la maison, laissés aux peignes, arrachés au moment des lamentations funéraires ou coupés, en partie, à chaque lune nouvelle. Quand le paquet est suffisant, on le jette, autant que possible, dans une rivière d'eau courante, avec l'idée que la chevelure de ceux à qui appartenaient ces cheveux, croîtra comme a cru ou croîtra la rivière.

Cette superstition est-elle spéciale aux juifs du Mzab ? — Ou se rencontre-t-elle chez les autres communautés juives de

---

(1) Les Berbères marocains, les Fahçia, notamment, ont coutume de déposer, sur le tombeau de leurs marabouts, ou de suspendre aux branches de certains arbres, au pied desquels un marabout a prié ou se trouve enterré, des touffes de cheveux et des chiffons (Salmon, *Une tribu marocaine ;* Archives marocaines, II, p. 245 et 251). C'est, vraisemblablement, dans la théorie de l'expulsion du mal, qu'il faut chercher l'origine de cette pratique (Doutté, *Merrakech*, p. 97 ; — *Magie et religions dans l'Afrique du Nord*, p. 445) qui revêt, aujourd'hui, le caractère d'une offrande opérée, soit en exécution d'un vœu, soit en vue de la réalisation d'un désir. — Mais, en Algérie, si l'usage d'accrocher des lambeaux de chiffons aux branches d'arbres réputés sacrés, est extrêmement répandu (Villot, *Mœurs, cout. et inst. des indig. de l'Alg.*, p. 217), il ne nous a pas été donné de constater, parmi ces ex-voto, la présence de touffes de cheveux.

l'Algérie? — Tout ce qu'il nous est possible d'affirmer, c'est que l'existence ne nous en a point été signalée en dehors du Mzab. Il existe bien, à la vérité, chez les israélites, des pratiques particulières relatives à la chevelure. Ceux de la région de Souk-Ahras, par exemple, lorsqu'ils arrivent à un âge assez avancé, prennent la précaution de conserver leurs cheveux coupés ou tombés, ainsi que leurs dents et leurs ongles. Le tout est précieusement conservé dans un petit sachet, lequel, au jour de leur mort, sera déposé dans la tombe.

Mais, cette croyance à l'influence de l'eau courante sur la croissance de la chevelure, paraît bien être spéciale aux juifs de Ghardaïa (1).

---

(1) A Bou-Saâda, les jeunes filles juives ont coutume, également, de jeter leurs cheveux, arrachés ou tombés, dans les *seguias* ou rigoles d'eau courante. Elles y voient un moyen d'assurer la croissance ou la conservation de leur chevelure. Mais il semble bien, d'après les renseignements qui nous ont été fournis, qu'il n'en soit ainsi que dans les familles juives émigrées du Mzab.

XIV

LA CODIFICATION

DU

DROIT MUSULMAN ALGÉRIEN

XIV

LA CODIFICATION
DU
DROIT MUSULMAN ALGÉRIEN

RAPPORT PRÉSENTÉ A LA COMMISSION DE CODIFICATION DU DROIT MUSULMAN ALGÉRIEN

Monsieur le Président,
Messieurs,

La Sous-Commission, nommée par vous, le 27 mai 1905, avait reçu mission :

1° De recueillir et de grouper tous renseignements concernant les travaux de codification de la loi musulmane, accomplis, entrepris ou simplement projetés en pays étrangers ou dans d'autres possessions françaises ;

2° De rechercher si les dispositions du code, élaboré par les soins de la Commission, devront être déclarées obligatoires pour tous les indigènes de l'Algérie, sans distinction, ou si, l'application en étant limitée aux seuls Musulmans orthodoxes, il n'y aurait pas lieu de procéder à des rédactions ou codifications particulières pour les habitants de la Grande Kabylie et ceux du Mzab ;

3° De déterminer celles des parties de la loi musulmane qu'il importe de codifier ;

4° De préciser l'esprit dans lequel ce travail de codification doit être accompli ;

5° D'aviser, enfin, aux voies et moyens, — c'est-à-dire de découvrir et d'indiquer la meilleure procédure à suivre pour mener à bien la mission qui nous incombe, — en d'autres termes, d'élaborer, pour la Commission, un plan et une méthode de travail.

Votre Sous-Commission s'est réunie, le 31 mai 1905, sous la présidence de M. Laloë, Président à la Cour d'appel d'Alger. Elle m'a fait l'honneur de me charger de vous communiquer le résultat de ses recherches, et de soumettre à votre ratification les propositions que vous l'aviez invitée à formuler.

I

C'est en Turquie et en Égypte, c'est-à-dire en des pays musulmans et sur l'ordre de Souverains musulmans (et c'est là un fait de nature à dissiper les inquiétudes qu'aurait pu provoquer, chez les indigènes algériens, l'annonce de nos travaux), qu'ont été faites les premières tentatives de codification de la loi musulmane. Elles ont abouti à la rédaction et à la promulgation de deux codes : la *Medjellat*, ou code civil ottoman, et le Code égyptien du statut personnel et des successions.

Ce sont deux codes hanéfites.

La *Medjellat*, ou code civil ottoman, n'embrasse pas tout le droit privé. Ce n'est, à proprement parler, que le code des obligations civiles et commerciales. Et comme, pour des raisons qui seront indiquées par la suite, notre Commission n'aura pas à se préoccuper de codifier le droit des obligations, on pourrait être, au premier abord, tenté de croire que l'examen de ce recueil peut, sans inconvénient, être négligé. Mais, si l'on remarque, qu'en tête de la *Medjellat*, sont insérées des dispositions générales où ont été condensés les principes fondamentaux du droit musulman, et que ce code contient, en outre, — qu'il s'agisse de déterminer les conditions de validité des contrats en général, ou de préciser celles relatives à certains contrats spéciaux concernant les immeubles, — de nombreuses règles, tant de statut personnel que de statut réel, on est amené à reconnaître que la lecture de la *Medjellat* ne sera pas, pour nous, sans profit. Ce recueil a été traduit en français par Nicolaïdès (t. VI et VII du *Recueil de législation ottomane*, publié par Aristarchi et Nicolaïdès).

Quant au Code égyptien du statut personnel et des successions, il suffit d'en énoncer le titre, pour donner à la Commission une idée de l'importance des services qu'elle peut en attendre. Une traduction française en a été faite par les soins du Gouvernement égyptien, traduction qui n'est pas toujours très exacte, mais dont les défectuosités ne manqueront pas d'être signalées

par les savants arabisants que compte notre Commission, et ne sauraient, dès lors, être, pour nous, la source ou l'occasion d'erreurs sérieuses.

Ce Code du statut personnel et des successions et la *Medjellat* ne sont pas, d'ailleurs, les seuls codes ou recueils de lois qui existent en Turquie ou en Égypte. C'est ainsi que la Turquie possède une sorte de code foncier (1), et qu'il est, en Égypte, à l'usage des Musulmans de ce pays, indépendamment du Code du statut personnel et des successions, d'autres codes, dits codes indigènes, groupant les règles concernant le droit privé civil et commercial, la procédure et le droit pénal. Mais, ce ne sont point là de vrais codes musulmans. Les codes indigènes égyptiens, notamment, ont été établis sur le modèle des codes européens, principalement des codes français, et des juridictions spéciales, présentant, avec les nôtres, la plus grande analogie, sont chargées de les appliquer. Aussi, ne sauraient-ils retenir notre attention.

Mais, à côté de ces pays musulmans dont la souveraineté, la souveraineté interne, principalement, s'est maintenue à peu près intacte, il en est d'autres qui sont placés dans la dépendance politique, plus ou moins complète, de puissances européennes. Or, il semble bien qu'aucune de ces puissances, sauf la France, n'a songé, jusqu'ici, à élaborer, dans l'intérêt de ses sujets musulmans, une codification de la loi musulmane.

Il résulte, en effet, des renseignements que je dois à l'obligeance de M. Arthur Girault, professeur de législation coloniale à la Faculté de droit de Poitiers, Membre effectif de l'Institut colonial international, et qui ont été recueillis auprès de Sir Alfred Lyall, de M. Deventer et de M. Janssen, ses collègues à l'Institut colonial, qu'aucune véritable codification de la loi musulmane n'a été faite, ni même tentée, pas plus dans l'Inde anglaise qu'à Java. Voici, du reste, ce qu'écrit à ce sujet M. Janssen : « Il n'existe pas, aux Indes Orientales Néerlan-

(1) Padel et Steeg, *La législation foncière ottomane*, p. 1 et suiv. — Cf. Nedjib H. Chiha, *Traité de la propriété immobilière en droit ottoman*.

daises, de codification proprement dite du droit musulman et des coutumes indigènes ; tout cela appartient à l'*adat*, c'est-à-dire au droit non écrit, religieux ou coutumier, lequel est, en matière civile, le droit principal de la plus grande partie de la population indigène. On a, cependant, fait quelques tentatives très modestes de codification. Le recueil de 1760 fut confirmé par une ordonnance, publiée dans le *Staatsblad* de 1828, n° 55. Le n° 152 du *Staatsblad* de 1882 contient des règles sur la composition et la compétence des tribunaux formés par des prêtres, jugeant sur les questions de famille et de succession. Enfin, le n° 198 du *Staatsblad* de 1895 prescrit quelques règles sur la désignation des personnes compétentes pour célébrer les mariages légitimes entre Musulmans, et notifier les cas de divorce par répulsion *(talaq)* (1)... Quant au Gouvernement anglais, il n'a fait aucune tentative pour codifier les lois et coutumes mahométanes de l'Inde. Les tribunaux prononcent en se référant aux textes reconnus, aux coutumes établies par les témoignages et aux précédents des tribunaux supérieurs, y compris le comité judiciaire du Conseil privé d'Angleterre, qui est la Cour suprême d'appel. Cependant, certains écrivains ont publié les lois musulmanes sous forme de code, mais ces textes ne sont pas reconnus et n'ont aucune sanction légale. Les coutumes particulières à certaines sectes, ou communautés musulmanes, ont également été publiées et codifiées, et autorisées à être consultées par les tribunaux, qui peuvent s'y référer. Le Gouvernement a, dans un cas particulier, ordonné la codification des lois observées dans la secte des *khodjas*, mais cette décision n'a amené aucun effet pratique ». Et M. Janssen conclut ainsi : « Je ne pense pas que, jusqu'ici, aucun gouvernement européen ait réussi à codifier les lois et coutumes musulmanes » (2).

---

(1) Cf. Piepers, *Le droit civil et pénal des Indes Orientales Néerlandaises ;* Congrès international de sociologie coloniale, 1900, t. II, p. 198 et suiv.

(2) On lit, cependant, dans la *Revue du monde musulman*, n° d'août-septembre 1907, p. 136, que M. Suhrawardy a été chargé, par le Colonial Office, d'élaborer un code islamique pour les tribunaux de l'Afrique Occidentale. D'autre part, le Gouvernement russe a fait établir, en 1909, pour les Musulmans du Turkestan russe, et par les soins d'une commission composée de

Mais, en Tunisie, il a été institué, dès 1896, une Commission de codification des lois tunisiennes, laquelle a entrepris la confection d'un code civil et commercial tunisien, et devra, plus tard, s'employer, ainsi qu'il résulte d'une communication adressée à M. Laloë, Président à la Cour d'appel d'Alger, par M. Berge, Président du Tribunal de Tunis, à la rédaction d'un code pénal, puis d'un code de procédure civile et criminelle. En 1899, cette Commission a publié le texte d'un avant-projet de code civil et commercial. Malgré que les matières sur lesquelles ont, jusqu'ici, porté les travaux de la Commission tunisienne (puisqu'il s'agissait, pour elle, d'établir un code des obligations civiles et commerciales), ne soient pas, — à l'exception, toutefois, de la matière des preuves, — de celles qui sont destinées à faire l'objet de nos études, il n'en est pas moins vrai que les documents publiés par elle, tant à raison des indications bibliographiques qu'ils contiennent, qu'à raison de l'exposé d'idées générales, touchant l'esprit du droit musulman, qui sert d'introduction à l'avant-projet préparé par M. Santillana, sont susceptibles de nous fournir d'utiles indications, et devront faire l'objet d'un attentif examen (1).

Pour ce qui est de l'Algérie, enfin, à différentes reprises, et depuis longtemps déjà, l'idée d'une codification de la loi musulmane y a été mise en avant. Par qui et dans quelles circonstances? Comment, à la suite d'un vœu émis par les Délégations financières algériennes, sur la proposition de M. Bouché, avoué à la Cour d'appel, a été constituée notre Commission? Ce sont là des questions auxquelles il a été répondu par M. le Conseiller Luciani, lors de notre première réunion. Il serait superflu de rééditer, ici, les explications très complètes et très précises données par lui sur ce point (2).

---

fonctionnaires de l'Administration, de magistrats russes et de magistrats musulmans, un projet de code musulman hanéfite, réglementant, principalement, le droit de famille et les successions.

(1) Le *Code tunisien des obligations et des contrats* a été promulgué par décret beylical du 15 décembre 1906. Il est entré en vigueur le 1er juin 1907.

(2) M. Meysonasse a publié, en 1898, un code civil musulman, suivant le

II

En Turquie, comme en Égypte, les codes élaborés ont été rendus obligatoires pour tous les Musulmans, sans distinction. On conçoit, d'ailleurs, très bien, qu'il en ait été ainsi. Les Musulmans qui habitent ces pays sont, sinon tous, pour la plupart tout au moins, des orthodoxes. Et ceux qui ne se rattachent pas à l'un des quatre grands rites, constituent une minorité infime, partant négligeable ; d'autant qu'ils ne vivent pas à l'état de groupes sociaux distincts ; ou, tout au moins, ces groupes, là où ils se rencontrent, sont peu compacts et leur importance politique est nulle.

Mais, tout autre est la situation en Algérie. C'est que là, en effet, de la masse de la population musulmane orthodoxe, malékite ou hanéfite, émergent, en quelque sorte, deux îlots : l'un, constitué par les indigènes de la Grande Kabylie ; et l'autre, par ceux du Mzab.

---

plan du code civil français, rite malékite. M. Norès a commencé, en 1903, la publication, dans la *Revue algérienne et tunisienne de Législation et de Jurisprudence*, d'un essai de codification du droit musulman algérien. Mais l'esprit dans lequel ces travaux ont été conçus n'est pas celui qui devra présider aux délibérations de notre Commission.

C'est, qu'en effet, MM. Meysonasse et Norès ont fait œuvre de juristes plus que de législateurs ; ils semblent s'être attachés uniquement, M. Meysonasse surtout, à dégager les solutions les plus communément admises par les docteurs musulmans, sans se préoccuper de ceux à qui elles s'appliquent. Alors que notre mission, on le verra par la suite, est de découvrir et de choisir, parmi les principes de la loi musulmane, ceux qui sont le mieux en harmonie avec l'état social de nos indigènes, leurs besoins économiques et la conception que nous avons de la morale et de la justice. MM. Meysonasse et Norès se sont donc placés à un point de vue beaucoup trop abstrait.

Il y aurait, toutefois, injustice à méconnaître l'importance et la valeur de leurs travaux ; ceux-ci impliquent une somme d'efforts considérable et, incontestablement, ils faciliteront, celui de M. Norès, principalement, grâce aux annotations substantielles qui l'accompagnent, l'œuvre de la Commission. En outre, M. Martinot, interprète militaire à El-Aricha, a élaboré un recueil de textes pris dans Khalil et les meilleurs commentaires, traduits et rédigés par lui en la forme d'articles de code, choisis avec beaucoup de discernement et classés dans un ordre très méthodique. M. Martinot a bien voulu communiquer à la Commission ce travail entièrement inédit, et qui lui fait le plus grand honneur.

Les premiers acceptent bien la loi musulmane en tant que loi religieuse, mais la répudient en tant que loi civile. Au point de vue du droit privé, ils ne relèvent, en principe, que de la coutume générale kabyle ou de coutumes locales spéciales à chaque village. Or, sur certains points, les solutions que consacrent ces coutumes diffèrent notablement de celles qui ont prévalu dans la loi musulmane. C'est ainsi que la femme kabyle ne peut obtenir, même judiciairement, la dissolution du mariage, si graves qu'aient été, à son égard, les torts du mari; alors, qu'en pareille circonstance, la loi musulmane l'autorise à réclamer du juge le prononcé du divorce. De même, tandis que le droit musulman reconnaît à la femme une certaine aptitude à succéder *ab intestat*, la coutume kabyle lui refuse, en principe, toute vocation héréditaire. De même, encore, le morcellement excessif de la propriété, en Kabylie, a fait admettre, en ce qui concerne les servitudes légales, par exemple, des règles qui ne sont point reçues en pays arabe.

Quant aux indigènes du Mzab, ils se rattachent à la secte abadhite, dérivée de la secte kharidjite, c'est-à-dire à une secte hérétique, la plus ancienne de toutes; et les principes fondamentaux de leur droit se trouvent condensés dans le *Nil*, lequel traité a, pour eux, la même autorité que le Précis de Khalil pour les Malékites. En réalité, ces principes ne diffèrent guère de ceux qui ont prévalu chez les orthodoxes. Il n'en pouvait, d'ailleurs, être autrement. Les Abadhites puisent aux mêmes sources : le Coran et la Sonnat; ils interrogent les mêmes textes. Il ne saurait, dès lors, y avoir, entre le rite abadhite et les rites orthodoxes, d'autres divergences que celles qui résultent d'une différence de lecture, d'interprétation ou de méthode. Néanmoins, les Mozabites, en dehors du Mzab, ne se mêlent pas à la population indigène. Ils s'isolent. Dans les villes du Tell, où ils se sont établis pour y gérer les commerces les plus divers, ils constituent de petites communautés et ont obtenu que des cadis spéciaux leur fussent donnés.

Si bien, qu'en Algérie, la population indigène se répartit en trois groupes distincts, ayant chacun ses lois et ses coutumes.

Le groupe des Musulmans orthodoxes est de beaucoup le plus important; et il n'est pas douteux que c'est à la codification de la loi musulmane orthodoxe que devront s'appliquer, tout d'abord, les efforts de la Commission.

Mais, celle-ci devra-t-elle, ensuite, entreprendre la confection d'un code abadhite, puis procéder à la rédaction d'une coutume kabyle? Ne serait-il pas, au contraire, préférable de déclarer applicable à tous les indigènes de l'Algérie, sans exception, le code musulman orthodoxe qu'elle aura élaboré?

Il est bien certain que l'adoption de cette dernière solution ne serait pas de nature à modifier sensiblement la situation légale des Abadhites du Mzab, et ne risquerait pas de porter le trouble dans leurs relations juridiques. Il existe, en effet, moins de différences, peut-être, entre les prescriptions du rite abadhite et celles du rite malékite, qu'on n'en peut constater entre ce dernier et le rite hanéfite.

Il est, d'autre part, incontestable, que l'application de la loi musulmane aux habitants de la Kabylie consommerait la réalisation d'un véritable progrès, la loi musulmane se montrant, sur bien des points, plus humaine, assurant, par exemple, à la femme, une situation bien meilleure que celle que lui fait la coutume kabyle.

Il n'en est pas moins vrai que cette application de la loi musulmane orthodoxe aux Mozabites et aux Kabyles ne serait, peut-être, pas sans provoquer quelques froissements. Il y aurait lieu de redouter que les Mozabites, par exemple, ne manifestassent, à l'égard de cette loi, une répugnance égale à celle dont ils ont fait preuve vis-à-vis des juridictions orthodoxes. Et, vraisemblablement, Mozabites et Kabyles s'efforceraient, ainsi que n'ont cessé de le faire les Chaouïas de l'Aurès, par la désignation d'arbitres, notamment, d'assurer, conformément à leurs anciennes lois et coutumes, le règlement de leurs différends.

Dans quelle mesure importe-t-il d'éviter ces froissements? Jusqu'à quel point faut-il tenir compte de ces répugnances? Celles-ci pourraient-elles, d'ailleurs, être aisément surmontées?

Ce sont là des questions d'ordre, non juridique, mais poli-

tique, que, pour ce motif, notre Commission n'est pas en situation de résoudre, et qu'au reste, il ne paraît pas qu'elle ait reçu mandat de trancher. En conséquence, il nous a semblé que le devoir de la Commission était de s'attacher, purement et simplement, à la codification de la loi musulmane orthodoxe, en laissant aux Pouvoirs publics le soin de décider si, à cela, se borne son rôle, ou s'il importe, au contraire, de procéder, également, à la confection d'un code abadhite, ainsi qu'à la rédaction d'une coutume kabyle (1).

---

(1) Un arrêté du Gouvernement local de la Côte d'Ivoire, en date du 5 mai 1903, a réorganisé la Commission des coutumes indigènes, en lui donnant pour mission de codifier celles de ces coutumes au sujet desquelles des éléments d'information suffisants se trouveraient réunis. Cette Commission a procédé à la codification des coutumes du groupe *Agni*. « Mais, il ne s'agit pas là d'un code devant être rigoureusement appliqué. » Ce que l'on a voulu, c'est dresser « un tableau clair et précis de ces coutumes, au stade actuel de leur évolution, sans arrêter les progrès de celles-ci. » (*Les coutumes Agni*, rédigées et codifiées d'après les documents officiels les plus récents, par Roger Villamur et Maurice Delafosse ; Introduction, p. XI.)

Il a été procédé, également, à la rédaction de Codes Laotiens ; *Quinzaine coloniale*, 10 octobre 1908, p. 859 et 860. — Cf. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 3e éd., t. II, p. 67.

III

Il est à remarquer, en outre, que si notre tâche doit se limiter, pour le moment tout au moins, à la codification de la loi musulmane orthodoxe, il ne saurait être question de codifier tout le droit privé musulman.

Le décret du 17 avril 1889, en effet, qui s'applique à tout le territoire civil, défalcation faite des ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie (1), détermine limitativement les parties du droit privé, à l'heure actuelle, encore, régies par la loi musulmane. Et, comme le territoire civil est appelé à une extension constante et progressive, et, qu'en conséquence, le régime établi par le décret du 17 avril 1889 est destiné à devenir celui de l'Algérie tout entière, c'est sur ce régime qu'il nous faut tabler. Or, il résulte des articles 1 et 3 du décret du 17 avril 1889, que les Musulmans résidant en Algérie ne sont plus soumis à la loi musulmane qu'en ce qui concerne leur statut personnel, leurs successions, certains de leurs immeubles et la preuve des obligations. En sorte que les seules dispositions du droit musulman à codifier (car on ne voit pas quelle utilité il pourrait y avoir à opérer la codification de la loi musulmane en celles de ses parties où elle ne s'applique plus), sont celles rentrant dans le statut personnel, le statut successoral et le statut réel immobilier, ou se référant à la preuve.

Encore, est-il permis de se demander s'il n'y aurait pas lieu d'exclure de ce travail de codification les matières rentrant dans le statut réel immobilier. La sécurité des transactions, le développement de la colonisation, l'intérêt même des indigènes, dont le régime foncier est de nature à frapper la terre de dépréciation, commandent qu'il n'y ait bientôt plus en Algérie qu'une seule loi foncière : la loi française. Dès lors, codifier le statut

(1) Et de certains territoires militaires rattachés récemment au territoire civil. — Cf. Déc. du 10 mars 1906.

réel musulman, ce ne serait pas, semble-t-il, seulement en formuler clairement les règles, ce serait donner à celles-ci un caractère de fixité et de durée, qu'il n'est pas désirable de leur voir acquérir. Mais la manière de voir, sur ce point, des membres de la Commission, s'est déjà manifestée, lors de notre première réunion, et, à la presque unanimité, cette exclusion a été repoussée.

IV

Mais, quels sont, exactement, la nature et le caractère du travail de codification qui nous incombe ? En d'autres termes, que peut-on et qu'est-on en droit d'attendre de nous ?

Ainsi que l'a fait observer M. le Conseiller Luciani, dans la séance tenue par la Commission, le 27 mai 1905, nous n'avons pas mission d'innover ; et, sous prétexte de codification, il ne saurait être question d'arriver à restreindre encore l'application de la loi musulmane, et de chercher à doter les Musulmans algériens d'une législation plus ou moins bien teintée d'islamisme. Nous n'avons d'autre but, relativement aux matières précédemment indiquées, que de dégager et de formuler clairement, et dans un ordre méthodique, les vrais principes de la loi musulmane.

Nous ne concevons point, toutefois, notre rôle, comme celui de simples rédacteurs ou copistes. Et nous estimons, par exemple, qu'il est de notre devoir de rechercher, parmi les solutions diverses formulées par les docteurs musulmans sur un point déterminé, pour leur donner force de loi, à l'exclusion de toutes autres, celles de ces solutions qui paraissent les plus conformes à la morale ou à l'équité, et sont le mieux en harmonie avec l'état social de nos indigènes et leurs véritables intérêts économiques. C'est ainsi que les dispositions du rite hanéfite sont souvent plus humaines, plus larges, plus tolérantes que celles du rite malékite. Nous n'aurons pas, alors, à nous faire scrupule, malgré que les Musulmans algériens soient Malékites pour la plupart, d'écarter les règles du rite malékite pour leur préférer celles du rite hanéfite. De même, au cas où, sur un point déterminé, des jurisconsultes d'un même rite auraient adopté des solutions différentes, nous nous croirons autorisés à choisir librement, pour la faire prévaloir, celle de ces solutions qui nous semblera la meilleure, encore que l'autre aurait été formulée par un jurisconsulte jouissant d'une autorité plus grande.

Nous avons le droit d'agir ainsi, et nous en avons le devoir.

Nous en avons le droit ; car les Musulmans, en dépit du caractère religieux de leur législation, sont loin de tenir celle-ci pour absolument immuable et intangible. La démonstration en a été faite, péremptoirement, par M. Santillana, dans l'*Introduction* à son *Avant-projet de code civil et commercial tunisien*. Certains docteurs musulmans considèrent, par exemple, que le but de la loi est l'utilité sociale, et déclarent que « le principe général, en droit malékite, c'est qu'il faut avoir égard à l'utilité, lorsqu'elle est générale et qu'elle s'impose » (1). D'autres admettent que l'usage, la coutume peuvent créer la loi, et même modifier la loi et la tradition. « Sans doute, il faut s'en tenir à la loi et à la tradition. Mais, ce principe ne s'applique que lorsqu'il n'existe pas d'exception généralement reçue » (2). D'autres, encore, ont affirmé que la *nécessité* suffisait pour justifier une dérogation à la loi. « La nécessité, dit Ibn Nadjim, a fait admettre beaucoup de choses qui seraient défendues, si l'on s'en tenait à la rigueur des principes » (3). Et Mollah Tcheragh Ali va jusqu'à dire que « la loi musulmane, le *chériat*, si on peut l'appeler loi, puisqu'elle ne contient aucune loi organique, n'est, en aucune manière, incommutable, immodifiable » (4).

D'ailleurs, la soumission d'un Musulman aux prescriptions d'un rite orthodoxe autre que le sien, n'est point interdite (5), et il est admis que « lorsque, d'ordre souverain, l'opinion d'un docteur de la loi ayant été trouvée conforme aux intérêts du public et aux exigences des temps, il a été ordonné de juger conformément à cette opinion, les juges ne peuvent point, valablement, appuyer leurs décisions sur une opinion contraire » (6). Ce qui implique, pour le Souverain, la faculté de faire prévaloir

---

(1) Tasouli, II, 188, 189, 190, 195 ; — Ibn Farhoun, II, 69, 105.

(2) Karafi, ap. Farhoun, I, 55. — « Ce que l'usage a consacré devient une règle à laquelle on doit se conformer. » (*Medjellat*, art. 37.)

(3) I, 110.

(4) Cahun, *Le monde islamique;* Histoire générale de Lavisse et Rambaud, t. XII, p. 487.

(5) Châràni, *La Balance*, trad. Perron, éd. Luciani, p. 61.

(6) *Medjellat*, art. 1801, alin. dern.

telle opinion qu'il lui plaît. « C'est ainsi, nous écrit M. Pélissié du Rausas, Directeur de l'École française de droit du Caire, que, en Égypte, les Chaféites sont justiciables des tribunaux hanéfites, jugeant d'après le code hanéfite. Il n'y a pas de cadis chaféites, et les Chaféites ont toujours accepté, sans protestations, la juridiction des cadis hanéfites ». Et Mohammed Abdou, grand muphti du Caire, racontait lui-même à M. le Conseiller Luciani que, d'origine chaféite, il dut, pour obtenir d'être investi de ses fonctions, se déclarer adepte du rite hanéfite.

Nous avons le devoir d'agir ainsi ; car nous ne pouvons faire moins qu'il n'a été fait en pays musulman, en Turquie, par exemple, où la rédaction de la *Medjellat* a eu pour but principal de mettre la loi en harmonie avec « les intérêts du public et les exigences des temps » (1).

En conséquence, il nous faudra, par des emprunts réalisés au rite hanéfite, par exemple, nous efforcer de mettre les futurs conjoints, dans le mariage, en situation d'y donner un consentement libre et éclairé ; d'assurer une protection plus efficace aux intérêts pécuniaires des incapables, et de soustraire les successibles à certaines revendications excessives du *Beit-el-Mal*, conformément aux indications fournies par M. Luciani, dans son traité des *Successions musulmanes*. Nous aurons, également, à élaborer, relativement au contrat de *rahnia*, une réglementation sévère qui permette de mettre un terme aux abus auxquels donne lieu la pratique de ce contrat, et à rechercher, également, s'il n'y aurait pas lieu, dans ce but, de vulgariser, par des emprunts réalisés à certaines coutumes de Tunisie (2) et du Mzab (3), l'usage d'une sorte de contrat, d'hypothèque.

---

(1) Il est, d'ailleurs, question, à l'heure actuelle, de procéder à une réforme judiciaire, et de « joindre à la *Medjellat* tout ce qu'il y a de bon dans les trois autres rites. » (*Le Temps*, 5 octobre 1909.)

(2) Tunis, 25 juin 1901 ; *J. Robe*, 1902, 80.

(3) V. Pouyanne, *Rapport sur l'application du système Torrens en Tunisie et en Algérie*, p. 45. Les renseignements recueillis par M. Pouyanne auprès du cadi abadhite d'Alger, m'ont été confirmés au Mzab ; ils l'ont été, à une époque plus récente et en termes particulièrement nets, par les déclarations faites à mon collègue à la Faculté de droit, M. Peltier, par le cadi de Ghardaïa (V., en outre, Alger, 17 décembre 1903, et la note ; *Rev. Alg.*, 1906, 2, 51).

Nous devrons, enfin, par une revision scrupuleuse et attentive des principes qui gouvernent la preuve, tenter de remédier aux situations regrettables que crée, quelquefois, l'application abusive de certaines règles de la loi musulmane touchant le témoignage.

Et, ainsi, nous effectuerons un travail qui, pour être, principalement et avant tout, un travail de codification, n'en sera pas moins un instrument de progrès.

V

Pour ce qui est, enfin, de la procédure à suivre dans l'accomplissement de ce travail, M. le Conseiller Luciani, dont personne ne saurait contester l'autorité et la compétence, a été d'avis que l'on ne pouvait guère songer à charger une ou plusieurs sous-commissions de la rédaction d'un avant-projet. Il a fait observer, qu'en commission ou en sous-commission, le seul travail effectif et utile qui se puisse accomplir, est un travail de délibération, de discussion. Une commission ou une sous-commission amende un texte ; elle en rectifie les inexactitudes, en comble les lacunes ou en élimine les dispositions superflues ; elle lui donne sa formule définitive. Mais, ce texte, ce n'est pas en commission ou en sous-commission qu'on l'élabore ; cette élaboration ne peut être que le fait d'un seul. Ce n'est, d'ailleurs, qu'à cette condition, qu'il soit possible de confectionner assez rapidement un recueil présentant de l'unité et exempt de contradictions et d'incohérences. En conséquence, M. Luciani a proposé que l'on confiât à l'un des membres de la Sous-Commission le soin de rédiger un avant-projet, dont le texte serait, par la suite, soumis à l'examen et à la censure de la Commission, ajoutant qu'il ne serait nullement nécessaire, pour que la Commission fût saisie, d'attendre la rédaction intégrale de cet avant-projet, et que, dès qu'un certain nombre de dispositions, se référant à une matière déterminée et constituant un tout, auraient été rédigées, elles pourraient être présentées à la Commission, puis, une fois amendées ou approuvées par elle, traduites en langue arabe et rendues immédiatement obligatoires.

Cette opinion ayant prévalu, votre Sous-Commission m'a fait le grand et périlleux honneur de me désigner pour vous présenter, en même temps que ce rapport, un plan du code du droit musulman algérien que nous avons mission d'élaborer, et pour établir un avant-projet de ce code, dont la traduction,

en langue arabe, serait confiée à M. Abderrazak Lacheref, cadi de Batna (1).

Ce code se diviserait en quatre livres : Le livre I serait consacré au statut personnel ; le livre II, au statut successoral ; le livre III, au statut réel immobilier ; le livre IV, à la matière des preuves. Malgré que votre rapporteur voie dans le habous une dépendance du statut réel, et qu'il considère avoir justifié, historiquement et juridiquement, cette manière de voir (2), il croit devoir vous proposer de faire, du habous, une dépendance du statut successoral, et de placer les dispositions le concernant à la suite de celles qui gouvernent la matière des successions *ab intestat* et testamentaires. C'est, qu'en effet, depuis de longues années déjà, la Cour de cassation et la Cour d'Alger persistent à n'envisager la constitution de habous que comme une sorte de testament. Et, comme les intérêts pratiques que soulève la controverse relative à la nature juridique de cette institution, sont nombreux et considérables, il pourrait y avoir de graves inconvénients à mettre les juridictions algériennes dans l'obligation de modifier, sur ce point, leur jurisprudence, car l'on risquerait de bouleverser, du jour au lendemain, des situations de fait qui existent depuis fort longtemps, et qui peuvent, à bon droit, pour ce motif, être considérées comme régulièrement et légalement établies.

Le livre I comprendrait deux titres, dont le premier traiterait du *Mariage*. C'est le chapitre I de ce titre, chapitre intitulé : *De la formation du mariage*, et où se trouvent condensées les règles concernant les *conditions de validité*, les *nullités* et la *preuve du mariage*, que nous soumettons à votre examen.

Vous serez, ainsi, à même de juger du mérite des décisions prises par votre Sous-Commission, et de dire s'il vous semble qu'elles permettent de mener à bien la mission dont nous avons été chargés.

---

(1) Par la suite, M. Cherchali, professeur à la Médersa d'Alger, a été adjoint à M. Lacheref.

(2) V. *sup.*, De la nature juridique du hobous.

XV

LE SÉNATUS-CONSULTE DU 14 JUILLET 1865

ET L'APPLICATION DE LA LOI MUSULMANE AUX INDIGÈNES DE L'ALGÉRIE

XV

LE SÉNATUS-CONSULTE DU 14 JUILLET 1865

ET L'APPLICATION DE LA LOI MUSULMANE AUX INDIGÈNES DE L'ALGÉRIE [1]

Mon excellent collègue et ami Larcher, dans le compte rendu qu'il a donné, récemment, des travaux de la *Commission de codification du droit musulman algérien*, a vivement reproché à cette Commission d'avoir admis que le code à intervenir pût être mis en vigueur par un simple décret. A son avis, dès l'instant où ce code doit être rendu obligatoire, une loi est indispensable : — 1° Parce qu'il est impossible de codifier sans modifier le droit et les coutumes actuellement en usage ; — 2° Parce qu'une modification à ce droit et à ces coutumes ne peut résulter que d'une loi, — la conservation de ce droit et de ces coutumes ayant été assurée, aux indigènes musulmans, par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, c'est-à-dire par une loi.

Malgré qu'aucune des considérations invoquées par M. Larcher, à l'appui de ses critiques, ne me paraisse concluante, c'est à regret, cependant, que j'en entreprends la réfutation, parce que j'estime que cette *Revue*, fondée par l'École de droit, a mieux à faire que d'entretenir le public des divergences d'opinions qui peuvent exister entre membres du personnel ensei-

---

(1) Extrait de la *Revue algérienne et tunisienne de Législation et de Jurisprudence*, 1907.

gnant de cette École. Mais, rapporteur de la *Commission de codification du droit musulman algérien*, honoré par elle d'une mission de confiance et en ayant reçu, à différentes reprises, de précieux encouragements, il ne me convient pas, en m'abstenant d'y répondre, de paraître donner mon assentiment à des critiques que, les tenant pour justifiées, mon devoir eût été de formuler dans le sein de la Commission, — et, par là, me rendre, vis-à-vis de mes honorables collègues de cette Commission, coupable d'une véritable déloyauté.

Aussi, je pense que le dévoué secrétaire de la rédaction de la *Revue* ne m'en voudra pas de venir, aujourd'hui, combattre la thèse, qu'ici même, il a soutenue.

I

Et, tout d'abord, est-il réellement impossible de codifier, sans les modifier, le droit musulman et les coutumes indigènes actuellement en usage ?

Si, par droit musulman, on entend le droit du XIVe siècle de notre ère, tel que l'a formulé Khalil pour les Musulmans malékites, on a raison de dire qu'il n'est pas possible de codifier sans modifier. Il est, en effet, certaines institutions, telles que la contrainte matrimoniale, — certaines règles, telles que celles qui autorisent le mariage de la fille non nubile ou donnent toute liberté au père pour dilapider la fortune de ses enfants, admises ou consacrées par ce droit archaïque, — qui ne sauraient trouver place dans un code rédigé par une puissance européenne.

Mais, de ce que nous sommes parfaitement résolus à ne pas prendre, pour guide exclusif de nos travaux, un précis de jurisprudence vieux de plus de cinq siècles, — il n'en résulte pas que nous soyons fatalement amenés à nous écarter des principes fondamentaux de la loi musulmane, à édicter des règles qui violent ces principes et à doter les indigènes algériens d'institutions dont ne sauraient s'accommoder de véritables Croyants.

C'est, qu'en effet, à côté du rite malékite, il est d'autres rites orthodoxes; — à côté des règles formulées dans les traités de jurisprudence, il en est d'autres qu'a consacrées la coutume ou qu'a édictées le Souverain; — à côté des institutions vieillies et surannées, d'autres ont surgi, mieux appropriées à l'état social et à la situation économique des pays musulmans. En pays musulmans, le droit a évolué, s'est *modernisé*.

Or, cette évolution, nous entendons ne pas l'ignorer, et nous nous proposons de faire bénéficier les indigènes algériens des améliorations réalisées en d'autres pays musulmans. Ce faisant, nous doterons ces indigènes d'institutions « mieux en harmonie avec leur état social, leurs besoins économiques et la

conception que nous avons de la morale et de la justice », — d'institutions nouvelles pour eux, peut-être, — mais d'institutions musulmanes, cependant, puisque empruntées à des pays musulmans, et tenues, par ces derniers, pour parfaitement conformes à l'orthodoxie islamique.

Ainsi, nous ne songeons nullement à réduire le domaine d'application de la loi musulmane en Algérie, tel que le déterminent les textes actuellement en vigueur. S'agissant des matières dans lesquelles la loi musulmane est applicable, nous entendons simplement dire ce qu'est cette loi musulmane, en préciser les règles, — et, pour cela, choisir entre les diverses règles reçues en pays musulmans, et imposer notre choix.

Et ce ne sont point les Musulmans, même les plus orthodoxes, qui pourraient nous contester le droit d'agir ainsi, puisque l'art. 1801 de la *Medjellat* porte que « lorsque, d'ordre souverain, l'opinion d'un docteur de la loi ayant été trouvée conforme aux intérêts du public et aux exigences du temps, il a été ordonné de juger conformément à cette opinion, les juges ne peuvent point valablement appuyer leurs décisions sur une opinion contraire ».

Quant à soutenir que ce droit nous est dénié par le texte même de l'art. 1er du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, on ne saurait le faire qu'à la condition d'admettre préalablement, — ce que personne, à ma connaissance, n'a fait jusqu'ici, — que ce texte, en décidant que les indigènes musulmans continueront d'être régis par la loi musulmane, leur a garanti le maintien de certaines règles fixes, précises, de certains usages déterminés, — en sorte qu'à ces règles et à ces usages, on ne saurait substituer d'autres règles, même consacrées par la loi musulmane, — ou d'autres usages, même reçus en d'autres pays musulmans, sans que la substitution fût autorisée par une loi. — Mais quelle serait, alors, cette loi musulmane, dont le maintien aurait été ainsi assuré par le sénatus-consulte de 1865? — Est-ce celle dont les principes sont condensés dans le Précis de Khalil, qui date de plus de cinq cents ans? — Est-ce celle dont les règles ont été résumées, pour les Musulmans d'Espagne, par

Ebn Acem, dans la *Tohfat?* — Est-ce la loi musulmane, qu'au reste, nous ne connaissons guère, telle qu'elle était appliquée avant la conquête et que l'avaient faite la coutume et la jurisprudence des cadis? — Est-ce, enfin, la loi musulmane telle que la comprennent les magistrats français chargés de l'appliquer aujourd'hui? — Ce sont là questions pour la solution desquelles le texte du sénatus-consulte de 1865, ainsi que les travaux préparatoires, ne fournissent aucun élément, — qui demeurent, pour ce motif, entièrement insolubles, — mais que se fût posées le Sénat impérial et qu'il n'eût pas laissées sans réponse, si son intention avait été de garantir aux indigènes algériens, par une loi, un ensemble d'institutions, de règles, d'usages déterminés.

II

Ainsi, il est possible d'élaborer un code musulman algérien, sans, pour cela, soustraire à l'application de la loi musulmane, des matières qu'elle doit actuellement régir.

Mais, alors même que la Commission serait amenée, au cours de ses travaux, à restreindre le domaine d'application de la loi musulmane, — il ne serait pas nécessaire qu'une loi intervînt pour rendre obligatoire le code élaboré par elle ; — un simple décret pourrait y suffire.

C'est, qu'en effet, ce domaine d'application de la loi musulmane, en Algérie, n'a jamais été déterminé par une loi.

A en croire M. Larcher, cependant, depuis le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, ce domaine ne pourrait plus être modifié que par une loi. Ce sénatus-consulte, en effet, aurait fixé l'étendue de ce domaine. Dès lors, cette étendue ne saurait être restreinte par décret, puisque le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 est une loi, et qu'on ne modifie pas une loi par décret.

Admettons, pour un instant, la thèse de M. Larcher. Le sénatus-consulte de 1865 a délimité le domaine d'application de la loi musulmane en Algérie. Dorénavant, la délimitation de ce domaine ne peut être que l'œuvre du législateur.

Alors, comment se fait-il, qu'à la date du 13 décembre 1866, soit intervenu un décret sur l'organisation de la justice musulmane, dont l'art. 1er a pour objet de dire en quelles matières et dans quelle mesure la loi musulmane est applicable aux Musulmans d'Algérie ? — Comment expliquer, qu'à une époque où le souvenir des prétendues réformes réalisées par le sénatus-consulte n'avait pu s'effacer encore, personne n'ait remarqué, ni signalé, cet empiétement du pouvoir exécutif sur les attributions du Sénat ?

La vérité, c'est que, ni de près ni de loin, ceux qui ont participé à l'élaboration du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, ne se sont préoccupés de préciser le domaine d'application de la

loi musulmane. La seule question qu'ils avaient à résoudre, et qu'ils ont résolue, était celle de la nationalité des indigènes algériens. Ceux-ci ayant conservé, dans la mesure fixée par les ordonnances et décrets en vigueur, le bénéfice de leurs lois personnelles, échappant, dans une très large mesure, à l'empire de la loi française, on leur avait contesté la qualité de français; leur nationalité demeurait incertaine.

Le sénatus-consulte n'a pas eu d'autre but que de faire cesser cette incertitude et de trancher la controverse. « Le présent sénatus-consulte, est-il dit, en effet, dans l'exposé des motifs lu, au Sénat, par M. Flandin, commence par cette déclaration : *L'indigène musulman est français*. Cette déclaration, faite par un sénatus-consulte, met fin à toute incertitude, à toute controverse, à toute interprétation. La nationalité française accordée au peuple arabe est la consécration des liens formés sur le champ de bataille. »

Et, si l'art. 1er du sénatus-consulte, après avoir déclaré que l'indigène musulman est français, ajoute que : *néanmoins, il continuera d'être régi par la loi musulmane*, ce n'est point qu'on ait entendu, à cette époque, transformer, en quelque sorte, en dispositions législatives, le texte des ordonnances ou décrets antérieurs concernant l'application de la loi musulmane aux Musulmans algériens, — c'est, simplement, parce qu'on a voulu que la controverse fût entièrement vidée, qu'aucun doute ne subsistât et qu'on ne pût pas prétendre que l'indigène, étant déclaré français, ne relevait plus, à l'avenir, que de la loi française. « En devenant français, disait M. le rapporteur Delangle, au Sénat, *les indigènes ne sont pas obligés d'abdiquer les statuts sous l'empire desquels ils ont vécu* ».

L'indigène musulman est français, *mais il n'est pas obligé, pour cela, de renoncer à l'application de la loi musulmane*. — Voilà ce que décide, et tout ce que décide l'art. 1er du sénatus-consulte de 1865. On est, dès lors, en droit d'affirmer que la question de savoir dans quelle mesure, exactement, les Musulmans algériens sont et doivent être régis par la loi musulmane, n'a été, en aucune façon, prévue ni réglée par le sénatus-

consulte de 1865 ; — et comme, avant ce sénatus-consulte, cette question n'avait jamais été résolue que par des ordonnances ou décrets, — comme, depuis, elle ne l'a jamais été autrement, — rien ne permet de prétendre, qu'à l'heure actuelle, elle ne puisse être tranchée que par une loi.

Ainsi, la *Commission de codification du droit musulman algérien* n'a, nullement, l'intention de modifier la loi musulmane, en ce sens qu'elle ne songe nullement à doter les indigènes algériens d'institutions qui ne se rencontrent point en d'autres pays musulmans, ou à les soumettre à l'observation des règles qui ne sont point acceptées comme conformes aux principes fondamentaux de l'islamisme. — Mais, quand bien même des doutes pourraient s'élever touchant la parfaite orthodoxie des solutions auxquelles elle croira devoir se rallier, il ne s'ensuivrait pas qu'une loi fût indispensable pour que les tribunaux fussent mis dans l'obligation de s'y conformer.

———— ❀ ————

509

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

AVERTISSEMENT 5

I. — La famille 7

II. — Le mariage 113

III. — L'interdiction 131

IV. — De la nature juridique du hobous 225

V. — Le nantissement immobilier 269

VI. — L'abus du droit 297

VII. — Introduction à l'étude de la preuve 313

VIII. — L'autorité de la chose jugée 337

IX. — La prescription 361

X. — La propriété des eaux artésiennes dans la région de l'Oued-Rhir 407

XI. — Les kanouns du Mzab 419

XII. — L'islamisation des populations de l'Aurès 457

XIII. — Les rites relatifs à la chevelure, chez les indigènes de l'Algérie 469

XIV. — La codification du droit musulman algérien 481

XV. — Le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 et l'application de la loi musulmane aux indigènes de l'Algérie 501

510

ALGER. — TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN.

Ouvrages édités par la Maison A. JOURDAN

ESTOUBLON et LEFÉBURE, **Code de l'Algérie annoté :**

1830-1895. — 1 vol. grand in-8°, relié..... **50** francs
1896-1905. — 1 vol. grand in-8°, relié..... **40** —
Supplément annuel, l'un..... **3** fr. **50**

Collection complète de la Jurisprudence algérienne, depuis la conquête jusqu'en 1910 :

38 volumes in-8°..... **784** francs

CHARPENTIER, I. ✿. — **Précis de législation algérienne et tunisienne.** 1 vol. in-8°... **7** fr. **50**

DAIN (A.). — **Étude sur la naturalisation des étrangers en Algérie.** Brochure in-8°.. **1** fr.
Du conflit du titre de propriété. Brochure in-8°..... **1** fr.
Le système Torrens. De son application en Tunisie et en Algérie. 1 volume in-8°. **3** fr. **50**

DEPONT (A.) ET COPPOLANI (X.). — **Les Confréries religieuses musulmanes.** 1 gros vol. in-4°. avec carte..... **25** fr.

FAGNAN (E.), I. ✿. — **Histoire des Almohades** d'Abd el-Wâh'id Merrâkechi, traduite et annotée. 1 vol. in-8°..... **7** fr. **50**
Un Chant algérien du XVIIIe siècle. Brochure in-8°, texte français et arabe..... **1** fr. **50**
Alger au XVIIIe siècle, par Venture de Paradis. 1 vol. in-8° **3** fr. **50**
Annales du Maghreb et de l'Espagne de Ibn El-Athir. 1 vol. in-8°..... **10** fr.

FRANCE DE TERSANT (R. DE). — **Essai théorique et pratique du Système Torrens.** Brochure in-8°..... **2** fr. **50**

IBN EL IMAM. — **Des droits et obligations entre propriétaires d'héritages voisins,** traduit de l'arabe par BARBIER. Un volume in-8°..... **3** fr. **50**

LARCHER. — **Code Tunisien des obligations et des contrats,** avec les décrets du Bey du 15 décembre 1906 et du 30 juin 1906, accompagné d'observations critiques. 1 vol. in-8°..... **5** fr.
Les tribunaux répressifs indigènes et les administrateurs juges de simple police dans les communes mixtes. Une brochure in-8°..... **2** fr. **50**

LUCIANI, ✿. — **Chansons kabyles.** 1 brochure in-8°..... **2** fr
El-H'aoudh, manuscrit berbère de la Bibliothèque-Musée d'Alger. 1 vol. in-8°..... **4** fr.

MASSIGNON. — **Le Maroc** dans les premières années du XVIIIe siècle. Tableau géographique d'après Léon l'Africain, avec cartes. 1 vol. in-4°..... **7** fr. **50**

MERCIER (E.), ✿. — **La condition de la femme musulmane dans l'Afrique septentrionale.** 1 vol. in-18..... **2** fr.
Le Hobous ou Ouakof, ses règles et sa jurisprudence. Une brochure in-8° raisin..... **2** fr.

PELTIER. — **Le livre des testaments du « Çahîh » d'El-Bokhari.** Traduction avec éclaircissement et commentaire. Brochure in-8°..... **4** fr.

POUYANNE (M.). — **La propriété foncière en Algérie.** 1 volume in-8°..... **15** fr.

RINN (LOUIS), O. ✿, I. ✿. — **Marabouts et Khouan,** *Etude sur l'Islam en Algérie.* 1 vol. in-8°, avec carte..... **15** fr.
Histoire de l'insurrection de 1871 en Algérie. 1 vol. in-8°, avec deux cartes ..... **15** fr
Régime de l'indigénat. Broch. in-8°..... **2** fr. **50**
Le séquestre et la responsabilité collective. Une brochure in-8°..... **2** fr. **50**
Le royaume d'Alger sous le dernier Dey, avec carte en 7 couleurs, 1 vol in-8°..... **6** fr.
Nos frontières sahariennes. Brochure in-8°... ... **2** fr. **50**

SUMIEN (P.). — **Du régime des successions vacantes en Algérie.** Brochure in-8°. .. **1** fr. **50**
Le régime législatif de l'Algérie. 1 vol. in-8°..... **3** fr.

ZEYS (E.), ✿, I. ✿. — **Traité élémentaire de droit musulman algérien,** *École malékite.* 2 vol. in-8°..... **15** fr.
Législation mozabite. Son origine, ses sources, son présent, son avenir. — **Leçon d'ouverture** faite à l'Ecole de Droit d'Alger. Brochure in-8°..... **2** fr.

BINDING SECT. JUN 1 1964

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

K Morand, Marcel
Études de droit musulman
M8293E8 algérien

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 11 12 24 13 016 1